

**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Ciencias Penales**  
**Derecho Penal I (Parte General)**

**MATERIALES DE LECTURA II**  
**TEORÍA DE LA PENA**

**Profesor Luis Ortiz Quiroga**  
**Ayudante Rafael Collado González**  
**Periodo, segundo semestre 2009**

### **Lecturas Obligatorias**

1. Roxin, Klaus. “Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”, Editorial Civitas, 1º Edición en español, 2º edición versión original (1997), p. 78 – 110.
2. Alcácer Guirao, Rafael. “Los Fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política”. En colección de estudios N° 30, Universidad Externado de Colombia (2004), p. 30 - 103.
3. Jakobs, Günther, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación”, Editorial Marcial Pons, 2º Edición corregida (1997), p. 8 - 37.
4. Von Hirsch, Andrew. “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, en Colección de Estudios N° 91 “Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo”, Ediciones Universidad de Castilla – La Mancha (2003), p. 125 – 145.

### § 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad

La siguiente relación recoge, de la inabarcable doctrina, las obras más importantes en alemán en los tiempos recientes. La doctrina que se refiere en su mayor parte a la determinación de la pena no se incluye aquí, sino en su lugar correspondiente en el t. II. La doctrina sobre la reforma del Derecho penal, que la mayoría de las veces trata también los problemas fundamentales de las penas y de las medidas de seguridad, se detalla en el § 4.

**Bibliografía:** v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (= Programa de Marburgo), ZStW 3 (1883). 1 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 1, 1905 [reimp. 1970], 126); Nagler, Die Strafe, 1918; Bockelmann, Strafe und Erziehung, Gierke-FS, 1950, 27; Preiser, Das Recht zu Strafen, Mezger-FS, 1954, 71; Eb. Schmidt, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955), 177; Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-FS, 1957, 55; Bockelmann, Schuld und Sühne, 1958; Hartmann, P.J.A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1958; Stratenwerth, Schuld und Sühne, en: Evangelische Theologie, 1958, 337; Mürauch, Vom Wesen und Zweck der Strafe, en: Freudenfeld (ed.), Schuld und Sühne, 1960; Piontkowski, Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtstheorie, 1960; Bockelmann, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher 1961, 25; Gramatica, Principi di difesa sociale, 1961 (versión alemana: Grundlagen der Defese Sociale, 1965); Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), 372; H. Kaufmann, Gramaticas System der Defese Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, v. Weber-FS, 1963, 418; Nowakowski, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, v. Weber-FS, 1963, 98; Rebhan, Franz v. Liszt und die moderne defese sociale, 1963; Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ, 1964, 337; Frey (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964; Naucke, Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, SchInA 1964, 203; Baumann, Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Straftens, en: Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1965, 135; Englisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1965; Ancel, La defese sociale nouvelle, 1966 (versión alemana: Die neue Sozialvertheidigung, 1970); Bienenhi, Ethik des Straftens, 1966; Bockelmann, Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen, 1966; Naegeli, Das Böse und das Strafrecht, 1966; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (= Grundlagenprobleme, 1) [- Problemas básicos, 1976, 11]; Arth, Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ, 1967, 553; Klug, Abschied von Kant und Hegel, en: Baumann (ed.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, 36; Roxin, Strafrecht und Strafrechtsreform, en: Baumann (ed.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, 75; Baumann, Schuld und Sühne als Grundprobleme heutiger Strafrechtspflege, en: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969, 110; Bitter (ed.), Verbrechen - Schuld oder Schicksal?, 1969; Henkel, Die "richtige" Strafe, 1969; H. Mayer, Kant, Hegel und das Strafrecht, Englisch-FS, 1969, 54; Noll, Strafe ohne Metaphysik, en: Baumann (ed.), Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969, 48; Roxin, Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativenwurfs, ZStW 81 (1969), 613 (= v. Liszt-GS, 1969, 69 = Grundlagenprobleme, 32) [= Problemas básicos, 1976, 37]; Ellscheid/Häsemeyer, Strafe ohne Vorwurf, Civitas - Jahrbuch für Sozialwissenschaften, t. 9, 1970, 27 (= Lüderssen/Sack (eds.), Abweichendes Verhalten, t. 2, 1975, 266); Hoerster, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Straftens, GA 1970, 772; Melzer, Die neue Sozialvertheidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970; Danner, Tatvergehung oder Tätererziehung?, 1971; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 1971; Volk, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 83 (1971), 405; Hoerster, Aktuelles in Schopenbauers Philosophie der Strafe, ARSP 1972, 555; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: Göppinger/Wittler (eds.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. 1, Parte A, Die rechtlichen Grundlagen, 1972, 3; Melzer, Chancen und Möglich-

### § 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

keiten der Sozialvertheidigung in Deutschland, ZStW 84 (1972), 648; Simson, Behandlung statt Strafe, ZRP 1972, 262; Müller-Dietz, Strafe und Staat, 1973; Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchRkm 56 (1973), 316 (= Madlener u otros [eds.], Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, 281); Callies, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; Eser, Resozialisierung in der Krise?, Peters-FS, 1974, 505 (= Lüderssen/Sack (eds.), Abweichendes Verhalten, t. 3, 1977, 276); Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, t. 3, 1974; Martinson, What works? Questions and Answers about Prison Reform, 1974; Plack, Plakidore für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; Flechtheim, Hegels Strafrechtstheorie, 1975; Häfke, Wird das materielle Strafrecht von dem geplanten Strafvollzugsgesetz unterlaufen?, MSchRkm 58 (1975), 40; Häfke, Gibt es ein verfassungsrechtliches Besserungsverbot?, MSchRkm 58 (1975), 246; Artt, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; Engelhardt, Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft, 1976; Häfke, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Arth, Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976; Arth, Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-FS, 1976, 27; Häfke, Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance?, en: Lüderssen/Sack (eds.), Abweichendes Verhalten, t. 3, 1977, 291; Kaiser, Resozialisierung und Zeitgeist, Württemberg-FS, 1977, 359; Weigend, Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA, ZStW 90 (1978), 1083; Jeschek, Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979), 1037; Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; Lange, Ist Schuld möglich?, Bockelmann-FS, 1979, 261; Stratenwerth, Strafrecht und Sozialtherapie, Bockelmann-FS, 1979, 901; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279; Seelmann, Hegels Strafrechtstheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", JuS 1979, 687; Jeschek, Der Einfluß der IKV und der ADP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik, ZStW 92 (1980), 997; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980; Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; Kaemel, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Siomos im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtslehren, 1981; Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), 565; Müller-Dietz, Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzuges, ZStW 94 (1982), 599; Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), 525; Otto, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982; Schild, Strafe - Vergeltung oder Gnade, SchwStz 99 (1982), 364; Schoch, Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie, ZStW 94 (1982), 864; Schreiber, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafrechtskonzeptionen, ZStW 94 (1982), 279; Vanberg, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; Weigend, Neoklassizismus - ein transatlantischer Mißverständnis, ZStW 94 (1982), 801; Amft, Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien, ZStW 95 (1983), 739; Baugartner, Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, en: Postmer (ed.), Strafrecht, Vergeltung oder Veröhnung, 1983; Arth, Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafrzsetzung, 1983; Mi Pulg, Die Funktion der Strafe und Verbrechenstheorie im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW 95 (1983), 413; Kaiser, Zwangstrafrecht und Menschenrechte, SchWZ 1984, 329; Luzón, Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984, 392; Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; Schöneemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: Schöneemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153; Albrecht, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 97 (1985), 831; Rae, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelnrecht des StGB, 1985; Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, Jeschek-FS, t. 2, 1985, 813; Scheffler, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; Schoch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Jeschek-FS, t. 2, 1985, 1081 ss.; Schultz, Krise der Kriminalpolitik?, Jeschek-FS, t. 2, 1985, 791; Simson, Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, Blau-FS, 1985, 651; E. A. Wolf, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786; Albrecht, Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem, KritV 1986, 55; Backes, Kriminalpolitik ohne Legitimität, KritV 1986, 315; Frehsee, Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht, KritV 1986, 105; Griffl, Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit, ZStW 98 (1986), 28; Grimm, Verfassungsrechtliche

Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, 38; Arth. Kaufmann, Über die gerechte Strafe, H. Kaufmann-GS, 1986, 425; Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986; Kunz, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), 823; H. Schäfer, Die Prädominanz der Prävention, GA 1986, 49; Baummann, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; Dreher, Die Willensfreiheit, 1987; Ebert, Talion und Spiegelung im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 399; Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafwissenschaft, 1987; W. Hassemer, Prävention im Strafrecht, JuS 1987, 257; Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; Köhler, Strafgründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-FS, 1987, 11; Lofmark, Neo-Klassizismus in der nordischen Strafrechtslehre und -praxis: Bedeutung und Auswirkungen, en: Esser/Cornils (eds.), Neure Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 15; Roxin, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStR 104 (1987), 366; Schäfer, Grundlegung eines kriminalologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987; Backes, Strafrecht und Lebenswirklichkeit, Maihofer-FS, 1988, 41; Ebert, Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, en: Krummacher (ed.), Geisteswissenschaften - wozu, 1988, 35; Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; Gössel, Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, Pfeiffer-FS, 1988, 3; Hartmann, Prävention und Strafe unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrsstrafbarkeit, Pfeiffer-FS, 1988, 137; Schüler-Springorum, Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters, Maihofer-FS, 1988, 503; Tiemeier, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldprinzips, ZStW 100 (1988), 527; Zipf, Neue Entwicklungen bei der Lehre von den Strafzwecken, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1988, 143; Bercel, Die Generalprävention, Pallin-FS, 1989, 31; Callies, Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, 1338; Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehretagung 1989 in Trier, ZStW 101 (1989), 908; Fletcher, Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 803; Gröfel, Widersprüche um die Schuldstrafe - Willensfreiheit und Recht, GA 1989, 193; Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-FS, 1989, 283; Platzgummer, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, Pallin-FS, 1989, 319; Schumann, Positive Generalprävention, 1989; Sireng, Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldverriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989), 273; Zipf, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Pallin-FS, 1989, 479; Baummann, Strafe im Rechtsstaat, en: Baummann/Klemm (ed.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990, 109; Bielefeldt, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts, GA 1990, 108; Bock, Kriminologie und Spezialprävention, ZStW 102 (1990), 637; Dolling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990), 1; Foth, Bemerkungen zur Generalprävention, NSZ 1990, 219; Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), 343; Henke, Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis, rev. doc. Bonn, 1990; Kaiser, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?, 1990; Kargl, Instrumentalität und Symbolik der positiven Generalprävention, Kriminalsoziologische Bibliographie 1990, Heft 06/67, 105; Küpper, Schopenhauers Strafrecht und die aktuelle Strafzweckdiskussion, en: Schopenhauer-Jahrbuch 1990, t. 71, 207; Mir Puig, Die begründende und die begrenzendende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), 914; Schöch, Zur Wirksamkeit der Generalprävention, en: Frank/Harrer (eds.), Der Sachverständige im Strafrecht/Kriminalitätsverhütung, Forensia-Jahrbuch, t. 1, 1990, 95; Vilmeier, Empirische Untersuchung der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, MSchRKrim 1990, 273; Bock, Ideen und Chimären im Strafrecht, Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636; Bönitz, Strafbewehrung und Verhaltenssteuerung. Zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung, 1991; Ebert, Talion und Vergeltung im Strafrecht, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 249; K. Günther, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 205; Häfke, Zur Ambivalenz des § 21 StGB, R & P 1991, 94; v. Hirsch/Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; Kleczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991; Kühn, Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Lepalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 139; Lampe, Recht und Moral staatlichen Strafs, en: Jung y otros (eds.), Recht

und Moral, 1991, 305; Lüderssen, Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?, JA 1991, 222; Roxin, Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik, Gagnér-FS, 1991, 341; Endres, Einstellung zu Straf- und Sanktionszwecken und ihre Messung, MSchRKrim 1992, 309 ss.; Endres, Sanktionszweckstellungen im Rechtsbewußtsein von Laien, 1992; Lampe, Unrecht und Schuld. Sühne und Reue, Baumann-FS, 1992, 21; Schulz, Oü est la neige d'antan oder die Strafrechtsreform im gestern heute, Baumann-FS, 1992, 431; Werner, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?, KritV 1992, 413; J.-C. Wolf, Verhütung oder Vergeltung, 1992; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuldprinzips", 1993; Frommel, Umrisse einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht, Schüler-Springorum-FS, 1993, 237; v. Hirsch, Gen- sure and Sanctions, 1993; Küpper, Paul Johann Anselm Feuerbach als Zeitgenosse, 140 Jahre GA, 1993, 131; Lampe (ed.), Deutsche Weiterentwicklung, Arbeitskreis Strafrecht, t. 1: Vorschläge zur prozessualen Behandlung der Kleinkriminalität, 1993; Landau, Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe, Karl Christian Friedrich Krause und Karl David August Röder, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 473; Lüderssen, Alternativen zum Strafen, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 487; H. Peters (ed.), Muß Strafe sein?, 1993; Pritzwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Radziłowicz, Rückschritte in der Kriminalpolitik, ZStW 105 (1993), 247; Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519; Seelmann, Wechelseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP 1993, 228.

### I. Fin de la pena; las teorías penales

Del cometido del Derecho penal y por tanto de las disposiciones penales <sup>1</sup> hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede comandar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual, ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del Derecho penal que se encuentra detrás (algo que muy a menudo no se toma suficientemente en consideración) <sup>2</sup>. Desde la antigüedad <sup>3</sup> se disputan el fin de la pena tres interpretaciones fundamentales (a continuación ap. 1-3), que incluso hoy siguen determinando la discusión en diversas combinaciones (a continuación ap. 4/5).

#### 1. La teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación)

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil <sup>4</sup>, sino en que mediante la imposición

<sup>1</sup> En cambio, Callies, NJW 1989, 1338, considera totalmente estéril la discusión sobre fines de la pena y teorías de la pena y aboga por "llevar el Derecho penal al centro, como Derecho constitucional teórico" (p. 1342). Más sobre ello, Callies, 1974.

<sup>2</sup> Sobre la historia de las teorías penales v. Hippel, StraR L 1925, 459 ss.; Nagler, 1918. De tiempos más recientes, cfr. p. ej. Kaemmel, 1981, 28-77; Frommel, 1987.

<sup>3</sup> Se discute si la retribución justa puede calificarse, según esta doctrina, como "fin" de la pena.

de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, "desvinculado" de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión<sup>3a</sup>: ojo por ojo, diente por diente. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz.

- 3 Sin embargo, lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, cuanto más bien su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho penal difícilmente puede ser sobrestimado. Kant<sup>4</sup> intentó en "La metafísica de las costumbres" (1798) fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes invariablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas (loc. cit., § 49 E I): "Tantos como sean los asesinos que hayan cometido el asesinato, o que asimismo lo hayan ordenado, o hayan colaborado en él, tantos también tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial según las leyes generales y fundamentadas a priori". Y sigue: "La ley penal es un imperativo categórico"; a aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor "de la pena o incluso sólo de un grado de la misma", Kant le invoca una "calamidad": "Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra". Sí, para Kant tiene que haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si éstos se disolvieran —dice—, "debería ser pre-

A menudo se designa la pena retributiva como "libre de fin" y sólo se ve su "sentido" o "esencia" en la compensación de la culpabilidad. Para resolver esta cuestión todo depende de si se considera aplicable el concepto fin sólo a fines sociales, empíricos, o también a la realización de una idea (de la justicia). Si se afirma la segunda posibilidad, lo cual es una cuestión puramente terminológica, entonces puede decirse sin reparo que la teoría absoluta ve el fin de la pena en la retribución justa.

<sup>3a</sup> Sobre la relación entre Talión y retribución Ebert, 1991, 249.

<sup>4</sup> Para la introducción a la teoría de Kant, introductivo: Naucke, 1962; ídem, SchlHA 1964, 203; H. Mayer, Engsch-FS, 1969, 74 ss.; Köhler, 1983; ídem, 1986; E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 756 ss.; Bielefeldt, GA 1990, 108; Köhl, 1991, 139.

viamente ejecutado el último asesino que se encontrara en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo".

Hegel<sup>5</sup>, en sus "Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho" (1821), 4 uno de los más importantes textos filosófico-jurídicos hasta la fecha, llega a unos resultados muy parecidos, al interpretar el delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación<sup>6</sup>, como "anulación del delito, que de la misma tendría validez", y, con ello, como "restablecimiento del Derecho" (loc. cit., § 99). Dice (loc. cit., § 101): "La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión". Materialmente, se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años. Sin embargo, Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena: según declara (loc. cit., adición al § 99): "Con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro; y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro".

También las Iglesias de ambas confesiones<sup>7</sup> han apoyado hasta la época 5 de la postguerra mayoritariamente la teoría de la retribución al concebir la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios.

En la jurisprudencia, la teoría de la retribución ha desempeñado un papel 6 muy importante hasta tiempos muy recientes. "Cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causación de un mal", se declara en BVerfGE 22, 132; y también en muchas otras sentencias del Tribunal Constitucional, se señala<sup>8</sup>, frente a la intimidación y la corrección, la retribución como esencia o fin de la pena. También en las sentencias del BGH, se resalta a menudo de forma predominante la idea de retribución, p.ej., cuando en BGHSt 24, 134, se dice: "La pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia abajo de su determinación como compensación justa de la culpabilidad." De forma análoga, la legislación deja espacio

<sup>5</sup> Instrucción sobre Hegel: Piontkowski, 1960; Flechtheim, 1975; Kleszczewski, 1991; Sedtmann, Jus 1979, 687, quien, por cierto —en contradicción con la historia de la recepción—, interpreta a Hegel más en el sentido de la prevención general; cfr. tb. ídem, ARSP 1993, 228.

<sup>6</sup> La fórmula de la pena como "negación de la negación" del Derecho, que a menudo se utiliza como caracterización de la teoría penal de Hegel, no está contenida explícitamente en el texto de Hegel "Líneas fundamentales". Sólo se encuentra en el "Apéndice" al § 97, que fue extraído de unos apuntes de clase de Hotho por el discípulo de Hegel, Gans, quien más tarde lo añadió al texto.

<sup>7</sup> Cfr. las referencias ulteriores en Jeschek, AT, § 8 III 3.

<sup>8</sup> Cfr. el resumen en Volk, ZStW 83 (1971), 405, así como las referencias en n.º 33.

al principio de retribución. Así, cuando el § 46 I 1 dice: "La culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena", esta frase no tiene que interpretarse necesariamente en el sentido de la teoría de la retribución, pero tampoco excluye una interpretación de este tenor.

7 El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe "corresponder" a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena (§ 46 I) en una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables.

8 No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una "culpabilidad" que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indeterminabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.

9 En contra de la teoría de la retribución también hablan sus consecuencias indeseables desde el punto de vista de política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.

El atraso del sistema de la ejecución penal alemán, que carecía hasta 1977 de toda base legal, reside esencialmente en la influencia, dominante durante mucho tiempo, de la teoría de la retribución.

10 Tampoco en la formulación como "teoría de la expiación" puede defenderse la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, sólo se usa el concepto "expiación" como otra palabra para indicar "retribución". Sin embargo, con la "expiación" se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude.

## 2. La teoría de la prevención especial

11 La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación, de la "prevención especial" como fin de la pena. La teoría de la "prevención especial", al contrario de la concepción de la pena retributiva, "absoluta", es una teoría "relativa", pues se refiere al fin de prevención de delitos ("relativo" viene del lat. *referre* = referirse a). También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca († 65 d.C.), evocando la idea de Protágoras (aprox. 485-415 a.C.) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C.), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "Nam, ut Plato ait: 'nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...' ("Pues, como dice Platón: 'Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...'")

12 Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría independiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la "escuela jurídico-penal sociológica" la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo. Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro

\* Séneca, De ira, liber I, XIX.7. Se refiere aquí a Platón, Leyes, 934 a.

de éstos: **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándolo de la reincidencia mediante su **corrección**. Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo<sup>13</sup> (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delinquentes, diferenciado según el tipo de autor: la inercuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor **corregible**. Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventivo-especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina **resocialización** o **socialización**, **ha desempeñado un papel significativo** en la postguerra (cfr. nm. 13, y § 4, nm. 15 ss.). La *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV; Unión Internacional de Derecho Penal), fundada en 1889 por von Liszt junto con el belga Prins y el holandés van Hamel, contribuyó mucho a la divulgación de los nuevos planteamientos policríminales. En 1924 apareció junto a ella la *Association Internationale du Droit Pénale* (AIDP), que todavía hoy sigue existiendo<sup>14</sup>. En 1937 fue disuelto el grupo alemán de la IKV por los gobernantes de entonces. Después de la guerra fue sobre todo la Sociedad Internacional para la Defensa Social<sup>15</sup>, fundada en 1947, la que continuó con el trabajo de Liszt. También el "Proyecto Alternativo de Código Penal" (- PA), publicado en 1966 por penalistas de Alemania Occidental (entre los que se encuentra el autor de este libro) y que ha influido notablemente en la reforma del Derecho penal de la República Federal (sobre esto § 4, nm. 20 ss.), le debe mucho y de forma muy especial a la teoría preventivo-especial, y con ello particularmente a Franz v. Liszt<sup>16</sup> y a las opiniones de la defensa social<sup>14</sup>.

- 13 Objetivos sobre todo de prevención especial se han expresado también reiteradamente en la reforma legislativa de la República Federal desde 1969. En el § 46 I 2 de la nueva Parte general se dice acerca de la determinación de la pena: "hay que tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar para la vida futura del autor en la sociedad". Numerosas innovaciones del sistema de sanciones en la reforma legislativa de Alemania Occidental (para más detalles § 4, nm. 27 ss.) sirven al fin de resocialización, que también se menciona como "fin de la ejecución" en el § 2 de la nueva

<sup>13</sup> Bajo el título "Der Zweckgedanke im Strafrecht" en ZStW 3 (1883), I, (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo I, 1905 [reimp. 1970], 126 ss.). Para la introducción al programa de Liszt y su significado actual, es interesante el libro colectivo editado con motivo del 50 aniversario de su muerte: "Franz von Liszt zum Gedächtnis", 1969 (= ZStW 81 [1969], fasc. 3 [pp. 541-829]), y asimismo los artículos con motivo del 100 aniversario del Programa de Marburgo en ZStW 94 (1982): Nauack (525 ss.); Frisch (565 ss.); Müller-Dietz (599 ss.).

<sup>14</sup> Para más detalles Jeschick, ZStW 92 (1980), 997 ss. Un inventario de la "Política criminal" de 100 años de IKV/AIDP lo proporciona Burgstaller, ZStW 102 (1990), 637.

<sup>15</sup> Gramatica, 1961; H. Kaufmann, v. Weber-FS, 1963, 418; Rehban, 1963; Avelar, 1966; Melzer, 1970.

<sup>16</sup> Sobre esto especialmente Roxin, ZStW 81 (1969), 613.

<sup>17</sup> Sobre esto Melzer, 1970, 102 ss.; idem, ZStW 84 (1972), 648 ss.

Ley Penitenciaria: "En la ejecución de la pena privativa de libertad, el recluso debe conseguir llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos."

Bajo el efecto de estas reformas, la jurisprudencia más reciente también ha otorgado más amplitud que antes a la idea de resocialización. Así dice el BVerfG (E 35, 202, 235 s. = sentencia Lebach): "Como portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental del art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1 GG. Desde la de la sociedad, el principio del Estado social reclama previsiones y acciones sociales estatales"<sup>15</sup>. También el BGH considera ahora, apoyándose en el desarrollo de la reforma del Derecho penal, "que la pena no tiene la misión de practicar la compensación de la culpabilidad por razón de sí misma, sino que sólo está justificada cuando a la vez se manifiesta como un medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección preventiva del Derecho penal". La cláusula de prevención especial del precepto legal de determinación de la pena permite percibir "un significativo desplazamiento del centro de gravedad hacia el punto de vista de prevención especial" (BGHSt 24, 40, 42).

En tanto la teoría preventivo-especial sigue el principio de resocialización, 15 que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. *supra* § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución.

Sin embargo, la puesta en práctica del enfoque preventivo-especial también 16 suscita problemas, conocidos desde hace mucho tiempo, y que después de los años de la reforma han llevado de nuevo, no obstante, a un escepticismo cada

<sup>15</sup> En el mismo sentido BVerfGE 36, 174 (188); 45, 187 (239).

<sup>16</sup> Correctamente: "de aquella" (Roxin señala que el pronombre correcto es el masculino "seinem" (referido al sustantivo, tb. masculino en alemán, "Vergleich": compensación, equilibrio), frente al femenino "ihrer" (referido al sustantivo femenino "Schuld": culpabilidad), que aparece en el texto de la sent. del BGH. Es definitiva, que no es correcto "por razón de sí misma", que quiere decir "por razón de la culpabilidad misma", sino "por razón de aquella misma", o sea, "por razón de la propia compensación de la culpabilidad"; N. del T.]

vez más fuerte frente a esta doctrina<sup>16</sup>. Su defecto más grave consiste principalmente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada<sup>17</sup> y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento. Todas estas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitido en un Estado liberal de Derecho.

17 Asimismo, la teoría preventivo-especial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana (cfr. sólo la cita de Hegel en nm. 4). Pero también el BVerfG dijo una vez (E 22, 219): "No es misión del Estado... 'corregir' a sus ciudadanos". Así pues, el art. 1 I GG prohíbe una educación, forzosa en cualquier caso por cuanto afecta al núcleo intocable de la personalidad de un adulto.

18 En efecto, en la política criminal internacional se puede comprobar desde 1975, más o menos, que se produce a menudo un abandono de la idea de resocialización antes dominante y una vuelta a la teoría de la retribución y a la prevención general (nm. 21 ss.)<sup>17a</sup>. Esta dirección que se opone a un Derecho penal del tratamiento, y que bajo el nombre de "neoclasicismo" adquirió influencia sobre todo en América y en Escandinavia, se dirige sobre todo contra las penas de duración indeterminada y contra el tratamiento forzoso que en estos países se había considerado admisible hasta ese momento por motivo del fin terapéutico criminal<sup>18</sup>.

<sup>16a</sup> Cfr. sobre los problemas de la idea de resocialización de Linderberg, JA 1991, 222 ff.; quien, sin embargo, defiende decididamente la resocialización.

<sup>17</sup> Esto lo prevalece el § 19 JGG, pero fue anulado por la 1.ª JGGÄnderg de 30-8-1990, basándose en consideraciones político-criminales, educativas y jurídico-constitucionales; cfr. BT-Drucke, 11/5829.

<sup>17a</sup> Edboza una imagen impresionante y sombría de los "retrocesos en la política criminal" y la propagación internacional de modelos autoritarios de la administración de la justicia penal Radziewicz, ZStW 105 (1993), 247.

<sup>18</sup> Sobre Escandinavia cfr. Anttila, ZStW 95 (1983), 739 ss., y Löfmarck, 1987, 15 ss.; sobre América Weigend, ZStW 90 (1978), 1116 s., y ZStW 94 (1982), 801 ss. Acerca de estas tendencias

20 Por punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión. ¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente?

20 Por último, lo que también contribuyó al desencanto frente a la prevención especial fue la circunstancia de que, a pesar de todos los esfuerzos dentro y fuera del país, no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y, por lo tanto, es independiente de cualquier "resultado o éxito", la fijación de una meta preventivo-especial se torna sin sentido en el caso de carencia constante de éxito, aunque se la considere correcta teóricamente. Al menos, las dificultades que se interponen en el camino de la realización práctica de los planes de resocialización han llevado no pocas veces a un cansancio resignado, que repercute en el planteamiento mismo. Bajo el lema "nothing works"<sup>19</sup> (= nada funciona) esta tendencia ha encontrado su expresión más eficaz internacionalmente.

### 3. La teoría de la prevención general

21 Finalmente, la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general.

22 Fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833), quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán<sup>20</sup>. Feuerbach derivaba su doc-

internacionales y sobre la defensa de la idea de resocialización contra ellas Rosin, Gagnér-FS, 1991, 341.

<sup>19</sup> Se trata de un resumen abreviado de las tesis de Martinson en su escrito: "What works? Questions and Answers about Prison Reform", 1974.

<sup>20</sup> Feuerbach es el padre del filósofo Ludwig v. Feuerbach (1804-1872) y abuelo del pintor Anselm v. Feuerbach (1820-1880). También interesante para estudiantes: Radbruch, P.J.A. Feuerbach, ein

trina de prevención general de la llamada "teoría psicológica de la coacción". Desarrollada por el (lingüísticamente correcto: teoría de la *coacción psicológica*; cfr. sobre ello ib. § 5, nm. 22 s.). Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello: opinaba que había que provocar en la psique del indelincuente unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una "coacción psíquica" para abstenerse de la comisión del hecho. El manual de Feuerbach<sup>21</sup> contiene en el § 13 un resumen exacto de esta concepción, tanto racionalista como determinista: "Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión"<sup>22</sup>.

23 Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza. También Feuerbach lo vio así (loc. cit., § 16). Para él, "el fin de infligir la pena está en la "motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley."

24 La teoría preventivogeneral tiene también hoy en día mucha influencia como teoría de la pena<sup>23</sup>. Posee una cierta evidencia de psicología del profano

Nurstenleben, 1934, 1957, 1969 (3.ª ed. edit. por E. Wolf). Además Küpper, P.J.A. Feuerbach, Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 1989; Naucke, Paul Johann Anselm von Feuerbach, ZStW 87 (1975), 861 ss.; Küpper, 140 Jahre GA, 1993, 131.

<sup>21</sup> P.J.A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1.ª ed. 1801. Aquí citado según la última ed. (14.ª) 1847, 38. Fundamental además en "Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts", 2 tomos, 1799, 1800 (reimp. 1966). Sobre su teoría: Hartmann, 1958; Naucke, 1962.

<sup>22</sup> También invoca a Feuerbach la teoría penal preventivogeneral de Schopenhauer, que últimamente se vuelve a tomar más en consideración; cfr. esto Hoerster, ARSP 1972, 555; Küpper, 1990, 207. Küpper también hace hincapié en la analogía de la teoría preventiva mixta que aquí se expone (nm. 36 y s.) con la concepción de Schopenhauer.

<sup>23</sup> Ante todo es defendida con mucho énfasis por Schmidhäuser: 1971, v. Hoerster, GA 1970, 272; actualmente se la puede considerar casi dominante, bajo la forma de "prevención general positiva" (nm. 26 s.). Ejemplar en el sentido de la prevención general positiva el manual de Jakobs, AT<sup>2</sup>, 1/1-52. Críticamente sobre la prevención general: E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ss. Sobre

y se justifica asimismo por la consideración de la psicología profunda<sup>24</sup> de que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes. Ya Freud<sup>25</sup> encontró uno de los "fundamentos del ordenamiento penal humano" en las necesidades de la prevención general: "Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento... La teoría actual distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general"<sup>26</sup>.

El aspecto negativo se puede describir con "el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes". Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.). Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticamente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general.

El aspecto positivo de la prevención general "comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico". Conforme a ello, la pena tiene la misión de "demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo". Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente, el "ejercicio en la confianza del De-

la discusión de los modernos enfoques preventivos generales Pritzwitz, 1993, 213, ss. Arzi ofrece en su libro "Der Ruf nach Recht und Ordnung" (1976) un análisis ponderado del movimiento americano de *law-and-order* y estudia también el "potencial de un movimiento para el Derecho y el orden en Alemania" (pp. 132 ss.).

<sup>24</sup> En contra de la intención de la mayoría de los psicoanalíticos, quienes se preocupan por la culpación de los autores de los delitos y que a menudo también aspiran a la abolición del Derecho penal (cfr. últimamente Plack, 1974).

<sup>25</sup> Sigmund Freud, *Freud und Tabu* en: Studienausgabe, t. IX, 1974, 361. Fundamental: Engelhardt, 1976; Halff, 1976.

<sup>26</sup> Para más detalles sobre ello BVerfGE 45, 255 s., donde se encuentran las citas utilizadas en nm. 25 s.

<sup>27</sup> Para más detalles Roxin, 1987, 48.

recho<sup>28</sup> que se origina en la población por la actividad de la justicia penal: el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de "prevención integradora"<sup>29</sup>.

28 No cabe duda de que el punto de partida ideológico de la teoría preventivogeneral está claro. En cuanto tiende a la evitación de delitos, está orientada, al contrario de la teoría de la retribución, inmediatamente a la misión de protección del Derecho penal y no pierde tampoco su sentido por un reconocimiento de la prevención especial. Pues no es suficiente, bajo el punto de vista de la evitación del delito, con que la pena actúe sólo sobre los ya reincidentes, más bien es deseable políticossocialmente prevenir además la comisión de delitos en general y desde un principio, y justamente ésta es la meta del planteamiento preventivogeneral.

29 La teoría preventivogeneral tiene también dos ventajas fundamentales frente a la preventivospecial. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posible exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta (cfr. sobre ello tb. § 5, nm. 22 s.).

30 Finalmente, para la influencia preventivogeneral, es favorable el hecho de que esta teoría se basa ciertamente en suposiciones psicológicossociales, pero, de forma distinta a los esfuerzos de prevención especial (nm. 20), apenas es rebatible por la praxis. Pues, a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, puede contraponerse siempre que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho. Hasta qué punto esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, ciertamente todavía es poco claro empíricamente y asimismo difícil

<sup>28</sup> Jakobs, 1976, 10, 14 s.

<sup>29</sup> El concepto fue utilizado por primera vez en este sentido por Roxin, Bockelmann-FS, 1979, 305 s. Para más detalles Müller-Dietz, Jeschek-FS, t. 2, 1985, 813 ss.; M. os, Pallio-FS, 1989, 283 ss.; Zipp, Pallio-FS, 1989, 479 ss.; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 914.

de determinar de forma fehaciente; pero justamente por esta razón, la hipótesis de que la praxis punitiva estatal juega un papel fundamental en ello, apenas es falsificable<sup>30</sup>.

Por otro lado, el principio de la prevención general también presenta considerables deficiencias teóricas y prácticas. En primer lugar, al igual que la prevención especial, no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. Así, por lo menos la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas "sin medida". Asimismo, la objeción de que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial<sup>31</sup>. Es decir, mientras la resocialización debe ayudar (por lo menos también) al condenado, el castigo por motivos de prevención general sólo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad (o sea, de otro) y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma. Por último, la teoría preventivogeneral comparte el defecto de la teoría de la retribución de no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena. Esto es válido para todas las formas de manifestación de la prevención general en tanto que ésta siempre se dirige a la comunidad y no al autor. Sin embargo rige especialmente para la prevención general negativa. Pues una ejecución de la pena que tiende a la "mera intimidación de los ciudadanos" (Feuerbach), iniciará más a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera, perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad.

#### 4. Las teorías unificadoras retributivas

Las teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que antes fueron absolutamente dominantes y que todavía hoy son determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones discutidas hasta ahora. Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Así y todo, el fin retributivo tenía originariamente la función absolutamente dominante. "... lo decisivo es... en primer lugar la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque

<sup>30</sup> Sobre "Fundamentos empíricos de la prevención general" cfr. Schöch, Jeschek-FS, t. 2, 1985, 1081 ss., quien resalta que "la función preventivogeneral del Derecho penal está absolutamente fundamentada empíricamente" (1103 s.). "Sobre la eficacia de la prevención general", además Schöch, 1990, 95; Bönitz, 1991. Sobre "realidad o ilusión de prevención general", Dolling, ZStW 102 (1990), 1. Una "Investigación empírica del efecto intimidatorio de las sanciones jurídicopenales" ofrece Vilsmeyer, MSchR/Krim 1990, 276. Endres (1992), MSchR/Krim 1992, 309) propone un método para abarcar las adaptaciones de la finalidad de la sanción.

<sup>31</sup> Cfr. sobre esto Köhler, 1983.

junto a ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de corrección y el de aseguramiento, pasan frente a aquél a un segundo plano" (RGSt 58, 109). También hoy se acentúa todavía con frecuencia que sólo se debería hablar de una "auténtica" teoría unificadora o mixta "en sentido tradicional" cuando los fines preventivos no tocan el carácter retributivo de la pena y sólo se contemplarían en el marco trazado por la retribución<sup>32</sup>. Esta teoría hay que rechazarla desde el punto de partida aquí defendido, ya por el hecho de que, como mera modificación de la teoría de la retribución, le son aplicables todas las objeciones formuladas contra ésta (n.º 8-10) y de ahí que actualmente resulte tan difícilmente defendible como ésta.

- 33 En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Se parte de que ninguna de las teorías penales está ordenada o prohibida por la ley, de forma que —en cierto modo, según las necesidades— puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena. La toma de posición del BVerfG (E 45, 187, 253 s.) es representativa: "El Tribunal Constitucional federal se ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado en principio posición sobre las teorías penales defendidas en la doctrina... Se ha señalado como cometido general del Derecho penal el de proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada se señalan la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del sujeto, la expiación y la retribución por el injusto cometido". La pena criminal es "...sin perjuicio de su cometido de intimidar y resocializar... retribución por el injusto cometido" (BVerfG E 39, 1, 57). También el BGH se mueve en la línea señalada; ya se han expuesto en la discusión de las teorías penales precedentes ejemplos de cómo tan pronto se acentúa especialmente uno como otro punto de vista.

- 34 Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general. Una "teoría unificadora aditiva"<sup>33</sup> de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido

<sup>32</sup> Especialmente claro Maurach, AT, \*1971, § 6 I D (algo modificado pero similar tb. Maurach/Zipf, AT/Pr, 6/8); Leackner, 1972, 13.

<sup>33</sup> Sobre ello Roxin, JuS 1966, 387 (= Grundlagenprobleme, 28) [= Problemas básicos, 1976, 33; N. del T.]. En gran parte de acuerdo conmigo Kaenel, 1981, quien señala además la similitud de la interpretación teleológica defendida por mí, con la de Carl Stöss (cfr. § 1, n. 1)

entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.

Por el contrario, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva "dialéctica", en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis. Esto se detallará a continuación.

### 5. La teoría unificadora preventiva

#### a) El fin exclusivamente preventivo de la pena

El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (cfr. § 2, nm. 9 ss.), también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito<sup>34</sup> (cfr. nm. 15, 28). De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.

La persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible. Esta concepción tampoco encuentra dificultades allí donde, en el caso concreto, la sanción sólo se basa en el componente preventivogeneral de la pena porque no existe peligro alguno de reincidencia. Pues el fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo.

Esta idea resulta también importante ante todo cuando no se puede contar con el condenado para una ejecución resocializadora de la pena. Una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser

<sup>34</sup> De otra opinión v. Hirsch/Jareborg, 1991, 15 ss., quienes si bien reconocen la prevención general como justificación de la institución Derecho penal, quieren sin embargo determinar la pena concreta únicamente según puntos de vista de igualdad.

pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una "socialización forzosa" ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible en atención al art. 1 GG. Por tanto, si el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización, sin duda debe desafiarse entonces su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; por su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general. De este modo se invalidan al mismo tiempo todas las objeciones que se alegan contra el fin de resocialización con el argumento de que éste conduce a una adaptación forzosa que viola la personalidad (cfr. nm. 17 s.). Pues cuando el condenado, por iniciativa propia, colabora en el desarrollo de la ejecución, ello no contribuye a la violación de su personalidad, sino precisamente al desarrollo de la misma. Si resocialización presupone voluntariado, está claro también por qué no hay contradicción irresoluble alguna cuando el BVerfG, por una parte, estatuye un derecho fundamental a la resocialización (nm. 14), puro, por otra parte, niega al Estado la facultad «de corregir a sus ciudadanos» (nm. 17). Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante, el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira.

39 Lo propio rige para las dificultades que resultan de la observación de que programas de (re)socialización bien pensados se han mostrado hasta ahora como fracasados. Tales reveses se deben en parte a la desatención a los puntos de vista que se acaban de exponer y, en parte también, a que el Derecho penal socializador se encuentra todavía en los comienzos de su realización. Los esfuerzos realizados hasta ahora en la República Federal han producido múltiples resultados alentadores<sup>34</sup>. Pero los inevitables extravíos tampoco pueden conducir a un "risco de la teoría de la pena", porque la función preventivo-general de la pena puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario y no se ven menoscabados por los fracasos preventivos especiales que se puedan producir aquí o allá.

40 Un conflicto entre prevención general y especial se produce solamente allí donde ambos fines perseguidos exigen diferentes cuantías de pena. Así, en un caso concreto (p.ej. cuando un joven ha causado una lesión con resultado de muerte en una riña), puede parecer adecuado un castigo de tres años de privación de libertad sobre la base de la prevención general y en aplicación del § 226 II, mientras que las exigencias de prevención especial sólo permiten un año con remisión condicional porque una pena más grave desocializaría al autor y cabría esperar un tropiezo en futura criminalidad. Cualquiera de ambas posibles soluciones obtiene, pues, un beneficio preventivo, por una

<sup>34</sup> Cfr. Jeschek, ZStW 91 (1979), 1055: "La conocida expresión de Martinson 'nothing works'... no se ha confirmado entre nosotros"; Schultz, Jeschek-FS, 1985, 799 s.; idem, Baumann-FS, 1992, 431; Kaiser, Kriminologie, Ein Lehrbuch, 1988, § 115, nm. 30; Roxin, Gagar-FS, 1991, 341. Es célebre en cambio Albrecht, ZStW 97 (1985), 831 ss., quien aboga por la prevención especial sólo "en el sentido de minimización de consecuencias dañinas que se producen sobre la base del inter-namiento social". Sobre la relación entre "criminología y prevención especial" Bock ZStW 102 (1990), 504.

parte, a cambio de un perjuicio preventivo, por otra. En un caso así es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación. En ello tiene preferencia la prevención especial hasta un grado que a continuación habrá que determinar, de forma que en nuestro ejemplo la pena que se impondría sería la de un año de prisión, con remisión condicional. Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional (cfr. nm. 14), que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo-especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo-general. Por otra parte, corresponde la preferencia a las necesidades preventivo-especiales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivo-general todavía lo permita (como es el caso en nuestro ejemplo). Es decir, por motivo de los efectos preventivos especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del "mínimo preventivo-general"<sup>35</sup>.

El significado de la prevención general y especial se acentúa también de 41 forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales a tenor de lo expuesto en los nm. 37-40. Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial, como también pone de manifiesto el § 2 StVollzG, que sólo menciona la (re)socialización como "fin de la ejecución". Ahora bien, esto no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada. Pues si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo-general (cfr. supra nm. 40 e infra nm. 44); no debe pretender conseguirlo aquí expresamente, pero debe estar garantizado mediante los condicionamientos en su marco. Por

<sup>35</sup> Sobre el problema del equilibrio entre prevención especial y general con la inclusión de los preceptos legales de determinación de la pena cfr. en particular el apartado "Determinación de la pena" (en tomo II).

otro lado, también sucede que la pena sólo puede desarrollar sus efectos preventivos especiales si éstos ya están preprogramados en las disposiciones legales.

- 42 La teoría preventiva mixta acoge, pues, en su seno los enfoques preventivos especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano: Es cierto que, donde ambos fines entran en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar (nm. 40). A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales (nm. 41) y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivos especiales (nm. 37 s.), mientras que no se puede dar una pena preventiva especial sin intención preventivo-general alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución (nm. 40 s.). La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal.

#### b) La renuncia a toda retribución

- 43 En una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención <sup>36</sup>. Contra los fundamentos en favor de este veredicto, ya expuestos en nm. 8-10, se ha objetado en ocasiones que sólo la teoría de la retribución puede justificar el castigo de los criminales nazis, que actualmente vivían socialmente integrados y que ya no representaban ningún peligro. Pero eso no es correcto. Pues un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivos generales, porque si no se persiguiera se podría estreñecer gravemente la conciencia jurídica general: si tales asesinatos se quedasen sin castigo, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir del mismo modo la impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable.

- 44 La idea de retribución tampoco cabe integrarla en la teoría mixta entendiéndola, como a menudo sucede, que la "esencia" de la pena se ve en la causalidad retributiva de un mal, mientras que su fin justificador, en los objetivos preventivos del Derecho penal <sup>37</sup>. Pues las instituciones jurídicas no tienen

<sup>36</sup> De otra opinión sobre ello Arm. Kaufman, 1983, quien insiste en el poder legitimador de la retribución, aunque él también rechaza una "pura" retribución carente de prevención.

<sup>37</sup> Henkel, 1960, 9, objeta acertadamente contra la aceptación de que la "esencia" de la pena sea retribución: "Cuando los padres castigan a su hijo desobediente, lo hacen de forma razonable, para educarlo y se equivocan sobre el verdadero sentido del acto de castigar precisamente en cuanto se dejan arrastrar a los 'golpes retributivos' provocados emocionalmente. Que aparte de esto, la pena

"esencia" alguna independiente de sus fines, sino que esa "esencia" se determina mediante el fin que con ellos quiere alcanzarse. Ciertamente es solamente que toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo. La orden de disfrutar unas vacaciones en Mallorca no podría calificarse de pena. Pero eso no radica en un carácter retributivo de la pena conforme a su esencia, sino en que sus irrenunciables componentes de finalidad preventivo-general (nm. 40 s.) se frustrarían si motivaran a la comisión de hechos delictivos en vez de a su omisión. En cambio, una pena terapéutica que consistiera en un "training social" no contradiría la "esencia" de la pena, puesto que tal pena exige del condenado esfuerzos mayores que el mero "cumplimiento pasivo" del sometimiento a custodia y, por tanto, de ninguna manera carece de efectos preventivos generales.

Es cierto además que en el castigo reside un "reproche ético-social", como hoy es admitido generalmente. Con este criterio se ha tratado de delimitar la pena en cuanto a su contenido de otras sanciones; así, de la pena disciplinaria como un "apercibimiento de deberes", o de la multa coactiva como un "medio de doblegación". De todas formas, estas diferencias son un poco artificiosas porque en el efecto sobre los afectados apenas son perceptibles y porque tales diferenciaciones desconocen que la delimitación de una sanción criminal o no criminal en los límites arriba trazados es una libre decisión del legislador (cfr. para más detalles § 2, nm. 39 ss.). Pero sea como fuere: del hecho de que en el castigo radica un "reproche social" no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causalidad de un mal <sup>38</sup>. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia resocializadora.

#### c) El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención

No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho (nm. 16, 31), se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una

para menores prevista en el Derecho penal del menor no tiene carácter de retribución, sino que hay que interpretarla como pena educativa, eso no es discutido por nadie.

<sup>38</sup> Discr. en este punto p.ej. Jeschek, AT, § 8 I 2 b.

determinación más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiere en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto. El principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno.

- 47 La exigencia de que la pena no pueda ser en ningún caso superior a la culpabilidad del autor, se reconoce hoy en la República Federal de forma absolutamente mayoritaria. La mayoría de las veces se admite incluso que una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre (art. 1 GG), de forma que según esto el principio de culpabilidad tendría un rango constitucional en su función limitadora de la pena (BVerfGE 20, 323, 331)<sup>39</sup>. Esto es dudoso por lo menos en lo que respecta a la cuantía o magnitud de la pena, porque por regla general no se pone en tela de juicio la constitucionalidad de las medidas de seguridad no limitadas por el principio de culpabilidad (sobre ello, *infra* nm. 54 ss.) y porque ordenamientos jurídicos extranjeros, a los que no se puede reprochar un menosprecio de la dignidad humana, generalmente no han establecido legalmente de forma alguna el principio de culpabilidad<sup>40</sup>. No obstante, el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicólogosocial más propicio para la restricción de la coacción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Además, corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo<sup>41</sup>. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad.

- 48 Por el contrario, desde el punto de vista de teoría de la pena no hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la

<sup>39</sup> Ciertamente la sentencia se apoya explícitamente sólo en el principio del Estado de Derecho y asimismo vincula sólo la fundamentación de la pena (no la magnitud de la pena) estrictamente a la culpabilidad: "A la máxima de que toda pena presupone culpabilidad le corresponde un rango jurídicoconstitucional. Se basa en el principio del Estado de Derecho".

<sup>40</sup> Sobre el ámbito de influencia jurídica anglosajona Henke, 1990.

<sup>41</sup> Sobre la complicada relación entre culpabilidad y prevención cfr. más detalladamente los apartados sobre "culpabilidad" (§ 19) y "determinación de la pena" (tomo II).

culpabilidad<sup>41</sup>. Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva.

La concepción aquí defendida evita también los reparos que se plantean<sup>49</sup> desde el punto de partida del determinismo contra una utilización del concepto de culpabilidad en Derecho penal. Pues ciertamente la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma. Pero cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legitimidad de su reconocimiento como uno de los medios de salvaguarda de la libertad ciudadana no depende de su demostrabilidad empírica o epistemológica. Su aceptación es una posición normativa, una regla de juego social, que no responde a la pregunta de cómo está configurada en su esencia la libertad humana, sino que solamente dispone que el hombre debe ser tratado por el Estado como libre en principio y capaz de responsabilidad. La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva<sup>42</sup>. Puesto que el principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege; también un determinista puede admitir semejante principio jurídico normativo, porque ello no afecta a su convencimiento de la condición real del curso del mundo. En el Derecho sucede lo mismo con la culpabilidad y la libertad que con la dignidad humana (que las presupone), cuya existencia asimismo no es "de-

<sup>41</sup> Sobre la compatibilidad de esta concepción con el Derecho vigente, sobre todo con el § 46 I, y sobre la discusión con opiniones discrepantes cfr. el apartado sobre la determinación de la pena (tomo II). Muy de acuerdo con la concepción aquí defendida Haft, AT<sup>5</sup>, 124 ("modelo particularmente convincente"). En cambio, Flencher, ZStW 101 (1989), 803, aboga por un Derecho penal retributivo justamente por los peligros que para el principio de igualdad ve en los objetivos utilitaristas. En este argumento se centraba la discusión —mayoritariamente contradiciendo a Fletcher— en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1989 en Trier (ZStW 101 (1989), 908). Sobre "Utilitarismo y principio de culpabilidad" en el pensamiento jurídicopenal anglosajón Henke, 1990.

<sup>42</sup> Es decir, cómo uno puede constatarla según su opinión personal. En contra de esta posibilidad sobre todo Arth, Kaufmann, JZ 1947, 555; idem, Lange-FS, 1976, 28; Lenzelner, 1972, 13 ss., 17 s.; Dreher, 1987; Griffl, ZStW 98 (1986), 28 ss.; idem, GA 1989, 193 ss. En contra realista sobre todo Bockelmann, ZStW 75 (1963), 384, que el problema de la libertad de voluntad no "necesita tocarse" en el Derecho penal. Expresamente de acuerdo conmigo Backes, Mathofer-FS, 1988, 54 ss., con referencia a la analogía con más recientes teorías científicasociales. A favor de una "culpabilidad sin libertad" Sureng, ZStW 101 (1989), 273 ss. Cfr. además Pothast, 1980; Kunz, ZStW 98 (1986), 823 ss.; Tiemeyer, ZStW 100 (1988), 527 ss. El problema no puede ser discutido ampliamente en este contexto. En el § 19 de este libro se tratan más a fondo las "Cuestiones fundamentales de la teoría de la responsabilidad".

mostrable', pero cuya admisión tampoco es impugnable con argumentos empíricos.

- 50 Las cosas son de otra manera si se contempla la retribución como cometido de la pena. Pues entonces no es la necesidad preventiva en lo que debe basarse la intervención estatal, sino la compensación de la culpabilidad; frente a esto se puede alegar con razón que las intervenciones estatales no se pueden fundar en suposiciones indemostrables, sino sólo en necesidades sociales. Pero esta objeción no afecta a la teoría unificadora aquí defendida.
- 51 Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad también se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como "medio para el fin" y se le perjudica así en su dignidad como persona (nm. 4, 17, 31). En cuanto a los esfuerzos para la socialización preventivo-especial, sin duda se eliminan las objeciones ya por la necesidad de una colaboración voluntaria y autorresponsable del procesado (nm. 38). Pero en la medida en que en los fines de la pena se sigue tratando del aseguramiento individual y general y de la intimidación, tal objeción sólo puede afectar al supuesto de que al particular se le haga objeto de los fines preventivos más allá de la medida de su responsabilidad. Pues dentro del marco de lo merecido toda pena, dado que se le impone al sujeto contra su voluntad, supone tratar al afectado como medio para un fin que primariamente no es el suyo, y que ese fin sea de tipo preventivo-social o, por el contrario, ideal (retribución compensadora de la culpabilidad), no cambia en nada el hecho de que el condenado es siempre el objeto del poder coercitivo del Estado. Considerar esto inadmisiblemente significaría que el Estado debería renunciar absolutamente a la pena y a la coerción, de lo cual no ha sido capaz todavía ningún ordenamiento jurídico conocido<sup>43</sup>.
- 52 En ocasiones se ha intentado renunciar por completo al principio de culpabilidad, afectado por su anterior vinculación con la teoría retributiva y por las controversias filosóficas, y poner en manos del principio de proporcionalidad la necesaria limitación de la pena<sup>44</sup>. Pero éste no es el camino idóneo para la solución del problema<sup>45</sup>, como ya muestra una ojeada a la ley. Pues según el Derecho vigente, las medidas de seguridad encuentran su límite en el principio de proporcionalidad (§ 62). Pero si el legislador siempre acude a

<sup>43</sup> Por lo demás, en casos especiales pueden justificarse también intervenciones en forma de "medidas de seguridad", que son independientes de la culpabilidad del autor o que la sobrepasan; cfr. sobre ello nm. 56 ss.

<sup>44</sup> Ellscheid/Häsemmer, 1970; Callies, 1974, 187, opina que detrás del principio de culpabilidad realmente se esconde el principio de proporcionalidad. Un intento de orientación criminológica de arreglarse en el Derecho penal sin el principio de culpabilidad y de resolver el problema del límite de la intervención mediante el principio de proporcionalidad nos ofrece Schelller, 1985, así como idem, 1987, en contra del principio de culpabilidad y a favor de un "Derecho de medidas referido al hecho"; tb. Baumann, 1987 (crítico contra ambos autores Roxin, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519). Cf. sobre los que se oponen al principio de culpabilidad tb. en el § 19, nm. 43 ss.

<sup>45</sup> Cfr. sobre ello Roxin, 1973, 322; idem, SchwZStR 104 (1987), 363; Arth. Kaufmann, Lange-FS, 1976, 31 ss.

las medidas de seguridad allí donde la protección eficaz de la sociedad no está garantizada mediante penas (cfr. al respecto nm. 54 ss.), ello se debe a que las medidas de seguridad, a pesar de su restricción por el principio de proporcionalidad, posibilitan intervenciones mucho más fuertes en la libertad del inculpaado que las que permite el castigo en los límites del principio de culpabilidad. Esto es también fácilmente explicable desde el planteamiento teórico, pues el interés de prevención se excluye precisamente en la determinación de la magnitud de la pena por el principio de culpabilidad—debido a su fijación sobre el hecho cometido—, y este efecto limitador de la pena no puede fijarse por ningún otro principio. El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad.

#### d) Recaptulación

La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena 53 sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivos especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivos generales. Una concepción así no tiene en modo alguno un significado predominantemente teórico, sino que, aparte de lo ya expuesto, tiene también muchas e importantes consecuencias jurídicas. Cómo repercute en particular esta teoría en la aplicación del Derecho vigente es algo que tan sólo puede ser expuesto más detalladamente en posteriores partes de este libro, así, en la discusión de la culpabilidad (§ 19), del sistema de sanciones (tomo II) y de la determinación de la pena (tomo II).

## II. Finalidad y límites de las medidas de seguridad; la relación entre pena y medidas

Ya se ha señalado que nuestro Código Penal prevé junto a las penas también 54 medidas de seguridad y que esta doble vía del sistema de sanciones marca el elemento estructural fundamental de nuestra regulación de las consecuencias jurídicas (§ 1 nm. 2-4). A tenor de la discusión de las teorías penales se comprende asimismo por qué un Derecho penal obligado con el principio de culpabilidad necesita la segunda vía de las medidas de seguridad: la autorrestricción de la intervención coactiva del Estado, que se asienta en la medida de la culpabilidad, posibilita ciertamente, por regla general, un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del justiciable; sin embargo, la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan

grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad. Cuando p.ej. un deficiente mental que sólo es imputable en una pequeña medida comete hechos violentos graves y es previsible que los vuelva a cometer, entonces su reducida culpabilidad (§ 21) justifica sólo una pena pequeña, pero la protección de la generalidad hace necesario además de eso que se le ingrese en un hospital psiquiátrico (§ 63) en atención a los fines de corrección y aseguramiento<sup>45</sup>. Semejante es el caso de los adictos al alcohol y toxicómanos, cuya culpabilidad es a menudo pequeña y que deben ser ingresados en un establecimiento de deshabituación o desintoxicación (§ 64) para evitar los peligros que de ellos puedan provenir (y en su propio interés). También sobre sujetos en los cuales no concurren alteraciones de tal modo manifiestas puede imponerse un internamiento o custodia de seguridad, que sobrepase en su duración la pena posible según el principio de culpabilidad, siempre que aquéllos sean reincidentes y amenacen con causar ulteriores daños graves (cfr. § 66). También las restantes medidas de seguridad, que se exponen de forma sintética en el § 61 y que tan sólo pueden ser tratadas en particular posteriormente (en el tomo II), se asientan todas ellas sobre la idea de una peligrosidad del autor para la colectividad, que no se elimina mediante la pena.

55 El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella. Sin embargo, los efectos se reparten de forma diferente, por cuanto el fin preventivo especial no aparece de la misma forma en las medidas en particular. Así, el internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos se colocan ciertamente al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización. Aparte de ello, la mayoría de las medidas de seguridad surten también un efecto preventivo general y esto ha sido también tenido en cuenta por el legislador como fin secundario: una medida de seguridad como la privación del permiso de conducir (§ 69) tiene la mayoría de las veces un efecto más intimidatorio sobre la comunidad que la pena que cabe esperar en los delitos de tráfico, y también en el círculo de los delincuentes por tendencia a menudo se teme más al internamiento o custodia de seguridad que a la pena.

56 Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencian en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por

<sup>45</sup> Haffke, R & P 1991, 94, describe de forma sugerente la "ambivalencia del § 21", por el que la atenuación de la pena en muchos casos es "ocasionada" a cambio del internamiento en un hospital psiquiátrico. Con razón exige que "se disciplinase conforme al Estado de Derecho el Derecho sobre medidas de seguridad y sobre internamientos".

las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma. En consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena.

De ahí que surja la pregunta de cómo se puede justificar la facultad estatal 57 para sanciones-medidas de seguridad tan incisivas. Hasta ahora, ello ha ocupado a la ciencia mucho menos que la cuestión sobre la justificación de la pena<sup>46</sup>, aunque su importancia no es menor. La respuesta sólo puede surgir de la idea de ponderación de bienes. Según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad<sup>47</sup>. Para ello se ponen el "valor y la dignidad del hombre... con todo su peso sobre el plato de la balanza. Cuanto más se aprecien por el orden jurídico, tanto más estrecho se trazará el círculo de los peligros contra los cuales se aplican las medidas preventivas"<sup>48</sup>. Frecuentemente, en lugar de al principio de ponderación de bienes, se alude a la idea del vínculo con la comunidad de la libertad humana, que se pierde en casos de abuso grave, mientras que en caso de defectos corporales o psíquicos de la persona "la idea del tratamiento curativo" justifica la medida<sup>49</sup>. El argumento del abuso no aclara, sin embargo, la cuestión decisiva de por qué se pierde la libertad más allá de la medida de la propia responsabilidad; y la idea del tratamiento curativo como tal no justifica todavía una coacción. Esta laguna de fundamentación en ambos casos sólo puede colmarse mediante el principio de ponderación de bienes.

Desde el punto de vista de este principio es evidente lo que el § 62 incluso 58 expresamente manifiesta: que una medida no puede ser ordenada, a pesar de

<sup>46</sup> Cfr. Kaiser, 1990, 6, n. 15: "... un desarrollo teórico autónomo, comparable con la teoría de la pena, no existe".

<sup>47</sup> Fundamentalmente de acuerdo Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 103; "principio del interés preponderante"; Stratenwerth, AT<sup>1</sup>, nm. 36; parecido ib. Schmidhäuser, LB AT<sup>1</sup>, 21/8, n. 4. "Interés de una vida de alguna forma (del en sociedad)", idem, StUB AT<sup>1</sup>, 167. También Kaiser, 1990, 48 s., encuentra la justificación de las medidas "en el interés público preponderante... El interés público prevalece cuando los posibles delitos son graves y la probabilidad de comisión alta".

<sup>48</sup> Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 105. De ello se deduce que la dignidad humana requiere un uso moderado de las medidas de seguridad que sobrepasan la culpabilidad, pero nada se opone de forma absoluta a tales intervenciones (cfr. ya nm. 47, n. 43). Por otro lado está claro que frente a una solución que permitiría en general una cierta transgresión de la medida de la culpabilidad, de acuerdo con el Estado de Derecho es mejor una regulación que, como la nuestra, liga en principio a la medida de la culpabilidad la facultad de imponer sanciones jurídicocriminales y sólo en casos excepcionales permite sobrepasarla (cfr. sobre ello tb. nm. 62).

<sup>49</sup> Así Jescheck, AT<sup>1</sup>, § 9 II, refiriéndose sobre todo a Welzel, StrafR<sup>11</sup>, § 32 II.

una peligrosidad existente, "si no guarda proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los hechos que se esperan, así como tampoco con el grado del peligro que emana de él". El principio de proporcionalidad fluye de la idea del Estado de Derecho (BVerfGE 23, 127, 133, con ulteriores referencias), y por lo tanto tiene rango jurídicoconstitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado. En numerosas medidas esta idea se ha desarrollado aún más detalladamente en los preceptos particulares (cfr. p.ej. § 66 I n.º 3 respecto del internamiento preventivo o de seguridad).

59 La concepción aquí defendida, según la cual pena y medida tienen el mismo fin y se distinguen en el tipo de su delimitación, significa un acercamiento a la vía única. Pues, según ello, las sanciones del StGB están establecidas en cuanto a su fin en una vía única y sólo en su delimitación transcurren por dos vías distintas. En cambio la teoría de la retribución expresa una marcada forma de doble vía, en cuanto para ella se distinguen claramente pena y medidas tanto según su fin como según sus límites: para ella la pena mira retrospectivamente al hecho cometido y se orienta a la culpabilidad, mientras que la medida mira hacia el futuro y sólo se fija en la futura peligrosidad. Pero, como tal entendimiento de la pena ya no es posible hoy, puesto que también la pena persigue fines preventivos (nm. 36 ss.), la expresión acertada para nuestro entendimiento diferente de la pena es un sistema de sanciones que se encuentra entre la doble y la única vía.

60 Tampoco sirve de ayuda construir una distinción esencial entre pena y medida de tal manera que en el castigo se vea una desaprobación éticosocial, que no debe ser inherente a la imposición de una medida<sup>30</sup>. Pues no se comprende por qué, p.ej., en una "embriaguez en el tráfico" (§ 316) debe expresarse la reprobación social solamente en el castigo y, sin embargo, no en la consiguiente "retirada del permiso de conducir" (§ 69). Algo similar rige para el internamiento o custodia de seguridad, inhabilitación profesional, etc.: la comunidad y el propio autor considerarán con razón la imposición de tales medidas como expresión de un fallo frente a la sociedad particularmente grave, y en casos de responsabilidad también reprochable, de modo que la tesis de que la desaprobación sólo se hace valer mediante la pena, contradice la realidad de la vida y lleva dentro de sí distinciones que no le son inherentes.

61 La tesis de una vía única en los fines de penas y medidas se confirma por parte de la ley mediante la institución del llamado "sistema vicarial"<sup>31</sup>. Según

<sup>30</sup> Así p.ej. Bockelmann/Volk, AT\*, § 43 I 1.

<sup>31</sup> Lat. vicarius = el que sustituye, el que hace las veces. "Vicariieren" significa, por tanto, "sustituirse recíprocamente".

el § 67, en caso de imposición simultánea de una pena privativa de libertad y una medida también privativa de libertad, el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) y en un centro de desintoxicación (§ 64) por regla general es ejecutado antes de la pena y computado a efectos de la misma, de modo que en numerosos casos ya no necesita ser cumplida una pena en un establecimiento penitenciario. Ciertamente también puede cumplirse la pena antes que la medida, "cuando el fin de la medida" se consiga así con más facilidad (§ 67 II). Esta intercambiabilidad discrecional de pena y medida, que se orienta sólo a la dimensión de la efectividad preventiva, prueba indiscutiblemente que el legislador ve el fin de ambas consecuencias jurídicas en la prevención y que sólo utiliza como baremo para su aplicación la eficacia al servicio de la prevención de delitos. De todas formas, el internamiento o custodia de seguridad, puesto que no es mencionado en el § 67, siempre hay que cumplirlo después de la pena, pero también esto tiene un fundamento preventivo: como la medida según el § 66 persigue un mero aseguramiento mediante el internamiento, es más pertinente cumplir primero la pena, que debe ser concebida de forma resocializadora y que puede hacer superfluo, en su caso, el posterior internamiento o custodia de seguridad, a tenor del § 67 c I.

Puede plantearse la pregunta de si la amplia fungibilidad de pena y medida<sup>32</sup> no sugiere el total paso hacia la vía única y, con ello, la renuncia a la pena. Esta pretensión ha sido puesta de manifiesto una y otra vez en las reformas y parcialmente llevada a cabo en el extranjero (Suecia, Inglaterra, Bélgica, Grecia)<sup>32</sup>. No obstante, es preferible el sistema realizado en la República Federal, que mantiene en pie la doble vía en la limitación de la pena. Pues, según ello, la pena constituye por su vínculo con la culpabilidad, en comparación con la medida, la intervención menor en la libertad del ciudadano. El mantenimiento de la pena significa que el legislador, por regla general, sólo piensa realizar su interés preventivo en el marco trazado por la culpabilidad por el hecho y que, en atención a la libertad de los ciudadanos, también admite mermas preventivas, que pueden producirse cuando la medida de culpabilidad pone un límite a la duración de la sanción. Solamente en casos excepcionales de una puesta en peligro de la comunidad especialmente consistente puede saltarse este límite mediante la imposición de una medida. Si, mediante la abolición de la pena, se elevara esta excepción a la categoría de ley de validez general, ello supondría renunciar a una parte importante de liberalidad y dar un paso más hacia el Estado de bienestar total, que no parece deseable policosocialmente.

<sup>32</sup> Más detalladamente Jescheck, AT\*, § 9 II 3.

Bibliografía: Seelmann, Strafsvecke und Wiedergutmachung, Zeitschrift für evangelische Ethik, 1981, 44; Osterdorf, Alternativen zur strafverurteilenden Konfliktvermeidung, ZRP 1983, 302; Rösmner/Wulf, Opferbezogene Strafrechtspflege, 1984; Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafsvecke, en: Schöch (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 37; Frehe, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; Schneider, Wiedergutmachung und Strafe, Universitas 1988, 1151; Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989; Eser y otros (eds.), Wiedergutmachung im Strafrecht einschließlich Rechtsstellung und Entschädigung des Verletzten im Strafverfahren, 1989; Weigend, Defizitopfer und Strafverfahren, 1989; Eser/Kaiser/Madlener (eds.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990; Rösmner, Täter-Opfer-Ausgleich und Kriminalitätsverhütung, en: Frank/Harter (eds.), Der Sachverständige im Strafrecht/Kriminalitätsverhütung, Forensia-Jahrbuch, t. 1, 1990, 164; Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990), 534; Schreckling y otros, Bestandsaufnahme zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland, 1991; Dölling, Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493; Kinkel, Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung, BewH 1992, 300; Pfeiffer, Täter-Opfer-Ausgleich etc., ZRP 1992, 338; Rösmner, Täter-Opfer-Ausgleich in der Justizpraxis, en: Jehle (ed.), Individualprävention und Strafrechtswissenschaft, 1992, 309; Rösmner, Strafrechtsfolgen ohne Übelzulegung?, NSZ 1992, 409; Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem, Baumann-FS, 1992, 243; Schmidt-Hieber, Ausgleich statt Geldstrafe, NJW 1992, 2001; Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? (Gutachten), en: Verhandlungen des 59. DJT, Hannover 1992, t. I, Parte C, Sitzungsberichte, en: Verhandlungen des 59. DJT Hannover, 1992, t. II, Parte O; Walter/Schuldner, Der Täter-Opfer-Ausgleich etc., StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 559; P. A. Albrecht, Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz - zehn Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich, Schüler-Springorum-FS, 1993, 81; Bannenberg, Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis, 1993; Baumann, Zur Repersonalisierung des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 41; Braunbeck, Trennung des verbindendes Denken, Arch. Kaufmann-FS, 1993, 417; Herina/Rössner (eds.), Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht, 1993; Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, en: Jur. Studiengemeinschaft Regensburg (ed.), 25 Jahre Rechtsentwicklung etc., 1993, 35; Kley-Struller, Wiedergutmachung im Strafrecht, 1993; Lampe, Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?, GA 1993, 483; Pfeiffer, Opferperspektiven - Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung, Schüler-Springorum-FS, 1993, 53; Roxin, Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, Lerche FS, 1993, 301.

63 En los últimos años se discute vivamente la cuestión y se estudia en proyectos modelo si la reparación del daño, como sanción novedosa frente a las penas y a las medidas, puede dar lugar a una "tercera vía" del Derecho penal<sup>53</sup>. Ya el Derecho vigente contiene planteamientos para una integración de la reparación del daño en el Derecho penal (§§ 56 b, 57 III, 57 a III, 59 a II, 46 II, en la JGG §§ 15, 45, 47); sin embargo en la praxis todavía se utiliza poco. En cambio, hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve

<sup>53</sup> Críticamente frente a la "tercera vía" y a una inclusión simple de la reparación del daño en el Derecho penal Hirsch, ZStW 102 (1990), 534 (anteriormente en Roxin, Baumann-FS, 1992, 243): En contra opina Lüderssen, 1989, 38, "que como resultado sólo queda aquel fundamento para el Derecho penal público que ve en el mismo una protección generalizadora de la víctima"; conforme a ello (p. 60) debe "tratarse tan sólo de compensación y resocialización". Documentan ampliamente la discusión internacional Eser/Kaiser/Madlener (eds.), 1990; también aquí quedan claras las diversas posiciones en los informes de síntesis de Roxin (p. 367) y Hirsch (p. 377).

más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El Proyecto Alternativo de reparación del daño (1992) presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídico penal de sanciones<sup>54</sup>.

La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídicocivil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (nm. 27), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada —a menudo incluso independientemente de un castigo— la perturbación social originada por el delito.

La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una "tercera vía" de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad (cfr. § 2, nm. 28 ss.). Así como la medida sustituye o completa la pena como "segunda vía" donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no

<sup>54</sup> Alternativo en lo fundamental Dölling, JZ 1992, 493; Rösmner, NSZ 1992, 409; Schmidt-Hieber, NJW 1992, 2001; Roxin, Lerche-FS, 1993, 301; críticamente en contra Lampe, GA 1993, 485; Loos, ZRP 1993, 51; Hirsch, 1993, 35; 41 etc., rechaza el Proyecto Alternativo como "concepto resignación" con "rasgos abolicionistas". Sin embargo, una propuesta sistemática constructiva de esta índole no tiene que ver nada con resignación; y no se puede hablar de abolicionismo, puesto que el tener en cuenta la reparación del daño tiene lugar en el marco del sistema jurídico penal de sanciones. También las LIX Jornadas de Juristas Alemanes (DJT) de 1992, dedicadas a "las sanciones penales sin privación de libertad", se han ocupado de la reparación del daño y han defendido su mayor implicación en el Derecho penal, aunque sin cambios legales; pero de momento propiamente sólo que se agoten mejor las posibilidades del Derecho vigente; cfr. el informe de Schöch, 1992, t. I, Parte C, así como, sobre el desarrollo de las jornadas y las conclusiones, Sitzungsberichte, 1992, t. II, Parte O.

puede, o solo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivoespeciales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. Ciertamente todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podrá hablar de un Derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Un impulso en esta dirección podría proporcionarlo el "Proceso de conciliación para el arreglo extrajudicial de una causa penal", vigente en los nuevos Estados de la República Federal tras el Tratado de Unificación (§§ 40 ss. de la Ley sobre las comisiones de arbitraje en los municipios, de 13-9-1990), que pretende alcanzar el restablecimiento de la paz social y el arreglo-autor-víctima por medio de la aceptación voluntaria de obligaciones por parte del autor y que, tras su satisfacción, prevé un sobreseimiento por la fiscalía (cfr. §§ 43, 45 Ley cit.). En ello se apoya actualmente una propuesta de un "proceso en materia de infracciones", que estaría entre el procedimiento de la multa administrativa y el proceso penal, para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (Lampe, 1993).

RAFAEL ALCÁ CER GUIRAO

**Los fines del Derecho penal**  
Una aproximación  
desde la filosofía política

Universidad Externado de Colombia  
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

*A Enrique Gimbernat,  
mi maestro*

**Universidad Externado de Colombia**

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

**Rector**  
Fernando Hinestrosa

**Secretario General**  
Hernando Parra Nieto

**COLECCIÓN DE ESTUDIOS N.º 30**

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

ISBN 958-616-873-5

© RAFAEL ALCÁ CER GUIRAO, 2004  
© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2004  
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra  
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948  
[www.uexternado.edu.co]

Primera edición: julio de 2004

Ilustración de portada: *El tributo de la moneda*, por Masaccio, c. 1428,  
Capilla Brancacci de la Iglesia de Santa María del Carmine (Florencia, Italia)

Composición, encuadernación e impresión: Departamento de Publicaciones,  
Universidad Externado de Colombia, con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

## CONTENIDO

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
CAPÍTULO PRIMERO	
DOS MODELOS DE DERECHO PENAL: PROTECCIÓN BIENES JURÍDICOS VS. PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	19
I. Modelos genéricos de protección y fines del Derecho penal	19
II. Fines del Derecho penal y fines de la pena	21
III. Función directiva de conductas vs. estabilización social	25
CAPÍTULO SEGUNDO	
LOS FINES DEL DERECHO PENAL	31
I. Las teorías de la prevención general	31
A. Introducción	31
B. Criterios de legitimación	33
1. <i>Legitimación instrumental</i>	34
2. <i>Legitimación valorativa</i>	48
C. Las teorías de la prevención general positiva	52
1. <i>La misión ético-social</i>	52
2. <i>El fin de integración social</i>	53
3. <i>La protección de la vigencia de la norma</i>	86
D. La prevención general negativa	135
II. Bases de una teoría liberal del Derecho penal	152
A. Liberalismo vs. comunitarismo	152
1. <i>Introducción</i>	152
2. <i>Liberalismo político frente a comunitarismo</i>	154
a. La concepción liberal. Autonomía privada y autonomía pública. El contrato social	154

b. El concepto de persona	167
c. Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad	184
B. Los fines del Derecho penal desde el liberalismo político	195
1. <i>Presupuestos de un Derecho penal liberal. Consideraciones críticas sobre las teorías de la prevención general</i>	195
2. <i>Prevención y garantías. Soluciones de síntesis, soluciones de conflicto y el doble fin del Derecho penal</i>	206
3. <i>Los fines del Derecho penal. Toma de postura</i>	238
a. Fundamentación de las normas penales	238
b. El concepto de persona como destinatario de las normas	249
c. Razones para el respeto de las normas y el problema de la estabilidad	261
d. El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas	269
e. Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas	281
BIBLIOGRAFÍA	287

## ABREVIATURAS

ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AFD	<i>Anuario de Filosofía del Derecho</i>
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
AT	<i>Allgemeiner Teil (Parte General)</i>
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
Doxa	<i>Doxa. Revista de Filosofía</i>
Dstr	<i>Deutsches Strafrecht, Neue Folge</i>
FS	<i>Festschrift</i>
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
GS	<i>Gedächtnis-Schrift</i>
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
Jura	<i>Juristische Ausbildung</i>
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
KrimJ	<i>Kriminologisches Journal</i>
LK	<i>Leipziger Kommentar</i>
LL	<i>La Ley</i>
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
MschKrim	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform</i>
NDP	<i>Nueva Doctrina Penal</i>
NJW	<i>Neue juristische Wochenschrift</i>
NSZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
PJ	<i>Poder Judicial</i>
RFDUC	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
SK	<i>Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

concepto jurídico-penal de "resultado", etc.<sup>16</sup>. En cualquier caso, esas implicaciones dogmáticas no serán objeto de consideración en estas páginas, limitadas a la discusión sobre los fundamentos legitimatorios de la labor del *ius puniendi*.

## CAPÍTULO SEGUNDO LOS FINES DEL DERECHO PENAL

### I. LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

#### A. Introducción

En primer lugar, dedicaremos nuestra atención a la llamada teoría de la prevención general positiva. A pesar de que en ocasiones, especialmente a la hora de su valoración crítica, la teoría de la prevención general positiva se presenta por la doctrina como una teoría unitaria<sup>1</sup>, ya ha sido resaltado que, dentro de dicha denominación genérica, se engloban diferentes comprensiones del *ius puniendi*. Más adecuado es, entonces, hablar, en plural, de las teorías de la prevención general positiva. Por ello, y a pesar de que todas presenten también notables similitudes, conviene establecer su exposición y, sobre todo, su crítica, distinguiendo entre las diferentes versiones. A los efectos de su estudio, plantearemos tres versiones de la misma, ya citadas con anterioridad: en primer lugar, el *fin ético-social*; en segundo lugar, el *fin de integración*; por último, el *fin de protección de la expectativa normativa*. Clasificación que, lejos de pretender ser innovadora, es la generalmente estable-

<sup>16</sup> Algunas de esas consecuencias han sido destacadas y analizadas por PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, pássim.

<sup>1</sup> Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por FEJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 74; PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, pp. 22 y ss. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 229, resalta el hecho de la diversidad de fines, si bien su crítica termina por incurrir en dicha unilateralidad. Por otra parte, BAURMANN, en GA 1994, p. 370, destaca la ausencia de claridad existente en la delimitación entre las diferentes versiones de la prevención general positiva.

cida por la doctrina<sup>2</sup>. En segundo lugar, es obligado atender también al fin alternativo de la prevención general: el llamado "negativo" o de intimidación. Por lo que respecta a la prevención especial, apenas puede dudarse de la necesidad de atender a la misma en el momento de ejecución de la pena —entendiéndola, antes que como resocialización forzosa, como instauración de los medios necesarios para posibilitar una resocialización voluntaria o, al menos, para no fomentar la desocialización—, pero dicho "fin" de la pena no puede servir para fundamentar el Derecho penal, puesto que no establece una relación entre la acción del autor y la norma de conducta, sino que se basa únicamente en una prognosis de peligrosidad de aquél, por lo que no responde a un Derecho penal del hecho<sup>3</sup>, ni es capaz, por tanto, de aportar una concepción material y legítima del hecho punible. Por último, la retribución, como teoría absoluta, tampoco será analizada como fin del Derecho penal. En una concepción laica e instrumental del Estado sólo una pena entendida como *relativa ad effectum* puede justificarse. No obstante, algunas características de la retribución jugarán un papel importante en las siguientes consideraciones, dada su reminiscencia material e identidad estructural respecto de los fines incluibles dentro de la prevención general positiva.

Por último, es preciso mencionar que, con el fin de resaltar las diferencias entre las versiones de la prevención general positiva y, más allá de eso, en orden a sentar las bases de la crítica valorativa a las mismas y de la postura personal respecto a los fines legítimos

<sup>2</sup> Por ejemplo, SCHÖNEMANN. *Sobre la crítica*, p. 90, distingue entre un fin pedagógico-social, un fin de integración, de apaciguamiento de la conciencia jurídica con la imposición del castigo, y, por último, un fin de confianza en las normas. Idéntica clasificación realizan SCHUMANN. *Generalprävention*, p. 1; ROHM. *Wiedergutmachung*, p. 48; id. AT 3/27. Dichos tres modelos aparecen también en la clasificación realizada por PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 248, si bien ordenados en torno a criterios distintos.

<sup>3</sup> Cfr., en este sentido, entre otros, JAKOBS. AT, 1/41 y ss.; PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, pp. 32 y ss.; LESCH, en JA 1994, p. 593; SCHÖNEMANN. *Sobre la crítica*, p. 95.

del Derecho penal, se intentará reconducir el estudio de las teorías de la pena o del Derecho penal a algunos de sus presupuestos y antecedentes filosófico-políticos, estableciendo una oposición entre teorías *comunitaristas*, por un lado, y teorías *liberales*, por otro. En otras palabras, el acento se pondrá no sólo en la configuración actual de los fines de la pena, sino también en el substrato filosófico-político a que responden, ya que, como se ha afirmado, "la discusión sólo podrá discurrir sobre bases racionales si no se ocultan las premisas políticas de las que depende"<sup>4</sup>. La línea de estudio responde, así, a la propuesta de MÜLLER-DIETZ: "Ocuparse del fundamento jurídico y fines de la pena criminal no es suficiente [...] Desde una perspectiva teórica se trata también de la comprensión del Estado que yace tras la determinación de las funciones del Derecho penal, y con ello, al mismo tiempo, de la relación del individuo en y con el Estado"<sup>5</sup>.

## B. Criterios de legitimación

Antes de comenzar, conviene establecer los criterios de legitimación de la pena y sus fines. Éstos son dos: *legitimación instrumental*, vinculado a la efectividad empírica de los fines asignados, y *legitimación valorativa*, referido a valores ético-políticos. Puesto que, como ha sido ya indicado, el desarrollo posterior sobre los diferentes fines de la pena se centrará en la legitimación bajo criterios *valorativos*, conviene, dada su relevancia, plantear, siquiera a modo introductorio, la viabilidad empírica de los diferentes fines de la pena, cuestión que, por tanto, se analizará ahora con

<sup>4</sup> MIR PUIG. *Función de la pena*, p. 29.

<sup>5</sup> MÜLLER-DIETZ, en Jescheck-FS, p. 812. La innegable dependencia de la concepción del Derecho penal de la propia comprensión del Estado que se mantenga es resaltada asimismo, entre otros, por MIR PUIG. *Función de la pena*, p. 29, quien habla de la "vinculación axiológica [...] entre función de la pena y función del Estado"; OCTAVIO DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 197 y pássim; FERRÓ SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 28: "La concepción del Estado condiciona el papel del Derecho penal".

mayor detenimiento que la relativa a la legitimación valorativa, sobre la cual se presentarán únicamente sus directrices teóricas.

### 1. Legitimación instrumental

Para llegar a los fines de la pena hemos de partir de su justificación, y para ello hemos de comenzar, a su vez, por el concepto de pena. Con respecto a lo que la pena es, como restricción coactiva de derechos, ésta se concibe, esencialmente, como un mal que se impone por el Estado a un individuo<sup>6</sup>. Ello de manera patente en la aplicación concreta de pena, pero también en la amenaza potencial de pena, la cual conlleva asimismo una restricción de la libertad individual, si bien mediata y generalizada. Ese hecho implica que, si queremos justificar la pena como institución social, es decir, como instrumento para la satisfacción de necesidades humanas y no como respuesta a un imperativo categórico de justicia impuesto desde instancias metafísicas o ultraterrenas, su utilización ha de revertir un mayor beneficio social que el daño que causa; en otras palabras: ha de poder concebirse como una amarga necesidad, como un "mal necesario"<sup>7</sup>, sin cuya inter-

<sup>6</sup> Sobre el concepto de pena cfr. especialmente WOLF. *Verhütung oder Vergeltung?*, pp. 17 y ss.; BETECÓN. *La justificación del castigo*, pp. 141 y ss. También, concibiéndola como en el texto, HART. *Prolegomenon*, p. 4; HOERSTER, en GA 1970, p. 272; GIMBERNAT ORDEIG. *¿Tiene un futuro...?*, p. 149; DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 191: "Todo mal que se impone por la autoridad judicial como sanción por un hecho" (citando a CASABO). Por el contrario, JAKOBS. AT 1/3, por ejemplo, se muestra reacio a concebir la pena como un mal, afirmando que "la pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable". A mi juicio, la posición de este autor y la aquí planteada no son incompatibles, sino que ambas se refieren a dos planos diferentes de la argumentación: mientras que la concepción de la pena como un mal se refiere a las consecuencias fácticas para el individuo concreto a quien se impone, JAKOBS define la pena ya desde su función social, desde su misión. En cualquier caso, entiendo más adecuado, como se expresa en el texto, partir de una distinción entre el concepto fáctico y la justificación o fin social de la misma. Si la pena fuera ya fácticamente un "bien", si no conllevara un menoscabo de derechos para el individuo, no sería precisa la discusión acerca de su legitimación.

<sup>7</sup> La concepción de la pena como una "amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son" aparece en el *Alternativ-Entwurf* alemán de 1966.

mediación las cotas de violencia social serían más elevadas que con ella. La justificación de su existencia ha de venir dada, en otras palabras, desde premisas utilitaristas<sup>8</sup>, si bien entendidas éstas no tanto en relación a su vertiente normativa (establecimiento de un bien determinado: la felicidad o el placer para el mayor número, según su versión más generalizada<sup>9</sup>), sino más bien desde la comprensión metaética de esta doctrina, relativa a su naturaleza de "ética del resultado" —teleología—, es decir, en la que la decisión sobre la corrección de una acción o institución vendrá determinada por el balance positivo de la satisfacción de determinados resultados<sup>10</sup>. En suma, asumiendo, que sólo la pena útil será una pena legítima. Esa racionalidad instrumental utilitarista de la pena, que debe exigirse no sólo en un nivel genérico de justificación, sino además en cada caso concreto<sup>11</sup>, conlleva una serie de relevantes consecuencias. En primer lugar, un fundamento retributivo de la pena, basado únicamente en el reproche realizado al hecho pasado cometido, respondiendo al mal con un mal, y desvinculado de todo interés en la búsqueda de satisfacciones futuras, se presenta como la más ilegítima de las opciones<sup>12</sup>. En

<sup>8</sup> Ello es unánimemente aceptado en la actualidad. Cfr., por ejemplo, RAWLS. *Zwei Regelbegriffe*, p. 97; HART. *Prolegomenon*, pp. 4 y ss.; NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 428 y ss.; FLETCHER, en *zstw* 101, 1989, p. 809; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 183; MIR PUIG. PG 4/44: "El principio de necesidad conduce, pues, a una exigencia de utilidad"; SCHÖNBHANN. *Sobre la crítica*, p. 94.

<sup>9</sup> Cfr., por todos, NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 391 y ss. y 394; PÉRR. *El consecuencialismo*, pp. 323 y ss.

<sup>10</sup> Sobre el utilitarismo como una teoría consecuencialista, como una "ética del resultado", cfr. NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 391 y 392; PÉRR. *El consecuencialismo*, p. 323; WILLIAMS. *Begriff der Moral*, pp. 91 y ss.

<sup>11</sup> Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG. *¿Tiene un futuro...?*, p. 150: "... es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (e innecesario quiere decir aquí: cualquier excedente de pena)"; p. 153: "... el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea —en absoluto o en su rigor— innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible".

<sup>12</sup> Así, entre otros, BAURMANN. *Folgenorientierung*, p. 7: "Un Derecho penal sin efectos preventivo-generales o especiales sería en este sentido no sólo inútil, sino (por ello) también

segundo lugar, la consideración de la pena como un mal y su consiguiente exigencia de producción de un mayor bien, es decir, de su necesidad –de la que apenas puede dudarse en las sociedades actuales–, implica también una exigencia de *efectividad*: sólo si la institución penal cumple en la práctica los fines previstos puede justificarse el mal impuesto. Por último, la referencia al carácter negativo de la pena impone la exigencia, inherente todavía a la propia lógica utilitarista, de la *economía* de las sanciones –y, por ende, de las prohibiciones–. Se trata, en suma, de hallar el siempre difícil equilibrio de la *mínima prevención necesaria*<sup>13</sup>, principio heredero del pensamiento ilustrado<sup>14</sup>. Estos presupuestos nos llevan al primer criterio de legitimación de la pena y los fines a ella atribuidos: el de la *legitimidad instrumental*, centrada en la exigencia de que la pena esté capacitada en la práctica para satisfacer los fines asignados.

Indudablemente, en un Derecho penal “orientado a las consecuencias”, el análisis relativo a los efectos que produce en el

---

inmoral”; JAKOBS. *El principio de culpabilidad*, p. 366: “Una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social, sin esta necesidad sería a su vez un mal inútil”. Sobre las críticas tradicionalmente vertidas contra el retribucionismo, cfr., por todos, BERRÓN. *La justificación del castigo*, pp. 115 y ss.

<sup>13</sup> Las notas de eficacia y necesidad son puestas de manifiesto, entre otros muchos, por NINO. *Introducción*, p. 428. La referencia al carácter mínimo como parte de la racionalidad utilitarista es especialmente resaltada por FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 465 y pássim: “Derecho penal mínimo”. También se acogen a dicha tendencia ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos*, p. 91 (“mínima intervención, máximas garantías”) o QUINTERO, MORALES y PRATS. *DP*, p. 90. Cfr. además RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 276.

<sup>14</sup> Cfr. ya BECCARIA. *De los delitos y las penas*, pp. 47 y 48: “... si se probase que la atrocidad de las penas, ya que no inmediatamente opuestas al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese por lo menos inútil, también en tal caso sería no sólo contraria a las virtudes benéficas (que son el efecto de una razón ilustrada, que prefiere mandar a hombres felices más que a un rebaño de esclavos entre los que se establece una perpetua circulación de temor y de crueldad), sino que sería también contraria a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social”.

entorno social se eleva a criterio esencial de justificación. Por ello, la contrastación en el plano fáctico de los fines asignados a los medios del Derecho penal determinará su legitimidad<sup>15</sup>. Así, por ejemplo, independientemente de las objeciones éticas que pudieran oponerse (legitimación valorativa), el fin de intimidación quedaría deslegitimado de principio si pudiera demostrarse empíricamente la inoperatividad fáctica de la pena en relación a dicho fin<sup>16</sup>.

En relación a la efectividad empírica de los diversos fines asignados a la pena, conviene comenzar por plantear el estado de la cuestión en lo que a la prevención general negativa concierne, no sólo porque sea ésta –al menos manifiestamente– la forma clásica de prevención general, sino porque la discusión sobre la efectividad empírica de la pena se ha conformado a partir de la misma; o quizá habría que decir: a partir de la negación de efectividad de la misma. Ello hasta el punto de poder afirmarse que, salvo recientes y aisladas investigaciones específicas sobre la prevención general positiva, la legitimación empírica de ésta ha venido afirmándose –y “demostrándose”– por sus partidarios en función de la negación de efectividad fáctica de la prevención general negativa.

---

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, HASSEMER. *Thariz*, pp. 117 y 118: “Si resultara que el Derecho penal es un medio inidóneo para garantizar la protección de bienes jurídicos, los fines del Derecho penal deberían ser, si ello es posible, redefinidos”; MA PUG, en PG 4/44: La exigencia de utilidad “plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos”.

<sup>16</sup> Como con carácter general afirma BAURMANN, en GA 1994, p. 369, existe consenso en la doctrina en lo tocante a que “antes de la cuestión *normativa* se plantea la cuestión *empírica* referida a si de hecho se producen los efectos específicos de la pena estatal”. No obstante, debe ponerse de relevancia que la cuestión empírica no deja de ser, en su introducción en las consideraciones jurídico-penales, una cuestión “normativa”, ya que de los resultados de esa cuestión empírica puede deslegitimarse el fin asumido para la pena. Por ello, es a mi juicio menos confusa la diferenciación terminológica utilizada en el texto entre la legitimación instrumental: con arreglo a la viabilidad empírica de los fines; y la legitimación valorativa: con arreglo a la corrección valorativa de dichos fines.

Dicha ineffectividad viene dada, a juicio de sus detractores, por el hecho de que la realidad se muestra mucho más compleja que lo pretendido por las premisas que sostienen a la prevención general de intimidación. En primer lugar, la intimidación presupone el hecho del conocimiento directo de las normas por sus destinatarios, algo que rara vez se produce en la práctica<sup>17</sup>. Por el contrario, las normas penales son conocidas a través de diferentes "instancias mediadoras", las cuales mediatizan el mensaje de la norma en el ámbito social. Pero este conocimiento no es ya asumido como una norma penal, sino más bien como una norma de carácter social<sup>18</sup>. En suma, "la creencia de que la norma penal actúa de manera directa sobre el destinatario es falsa"<sup>19</sup>. Un segundo requisito para la efectividad intimidatoria de la pena es que los destinatarios sean motivables contra la acción delictiva, que sean "intimidables". A este respecto, se pone en duda la correspondencia con la realidad de la imagen del individuo racional, orientado a la acción en base a estimulaciones inmediatas basadas en el saldo coste-beneficio, afirmando que responde a una concepción superada de la psicología humana, mucho más compleja de lo que el mundo de FEUERBACH se representaba<sup>20</sup>. Se pone de manifiesto, en este sentido, que el delincuente habitual no pondera en la práctica el riesgo de pena, sino que generalmente cuenta, a la hora de

<sup>17</sup> Sobre ello y las consideraciones inmediatamente posteriores, cfr. HASSEMER. *Einführung*, pp. 287 y 288.

<sup>18</sup> Similares disquisiciones son las que llevan a SCHMIDHAUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, pássim, a la peculiar tesis de que las únicas normas específicamente penales son las normas secundarias, dirigidas a los aplicadores del Derecho, conminándolos a la imposición de la sanción, mientras que las llamadas normas primarias o de conducta no serían normas propiamente penales, sino ético-sociales. Una convincente crítica a dicha posición puede verse en HOEKSTER, en *JZ* 1989, pp. 10 y ss.

<sup>19</sup> HASSEMER. *Einführung*, p. 288. Cfr. también PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

<sup>20</sup> HAFFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 81; LÖDERSEN. *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER. *Einführung*, p. 289; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 229.

actuar, con que no será descubierto<sup>21</sup>. Junto a ello, los delincuentes ocasionales, sobre quienes la intimidación habría de tener, en principio, eficacia, actúan en muchas ocasiones bajo situaciones impulsivas, por lo que tampoco se presenta esa relación racional con la norma<sup>22</sup>. Por otra parte, si la mayoría de los ciudadanos no delinquen no se debe al hecho de que se vean intimidados por la amenaza de pena, sino, al menos en los delitos más graves, a la existencia previa de convicciones morales arraigadas<sup>23</sup>. En esta dirección, y desde la prevención general positiva, se afirma que el Derecho penal no opera, en el plano fáctico, en el ámbito de la decisión racional del ciudadano respecto al acatamiento de la norma, sino que la pena ejerce sus efectos en el ámbito del subconsciente del individuo, satisfaciendo impulsos violentos de venganza y creando o reforzando en las conciencias un tabú respecto a las conductas prohibidas por las normas. El Derecho penal dirige sus efectos en la misma dirección que otros medios de control social, socializando a los ciudadanos; y es esa vinculación moral de los ciudadanos a las normas la que evita fructíferamente el quebrantamiento de las mismas<sup>24</sup>.

En suma, si bien no niegan la posibilidad de que en casos aislados la pena pudiera tener efecto intimidatorio, los autores contrarios a la prevención general negativa niegan con carácter general la viabilidad empírica de dicha teoría.

No obstante, dentro de la discusión sobre la legitimación empírica de la pena se han mantenido también posiciones menos extremas en lo que a la crítica del fin de intimidación concierne. Desde éstas,

<sup>21</sup> LÖDERSEN. *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER. *Einführung*, p. 289; GARCÍA-PABLOS. *Introducción*, p. 84, nota 171, quien habla de un "síndrome optimista".

<sup>22</sup> PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

<sup>23</sup> Así, además de los autores citados en la nota anterior, STRENG, en *ZStW* 92, 1980, p. 669; NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 36; LOOS, en *ZRP* 1993, p. 53.

<sup>24</sup> Entre otros, STRENG, en *ZStW* 92, 1980, pp. 668 y ss. y pássim.

no se pone en duda el hecho de que la intimidación no sea eficaz en todos los casos, de que existan determinados tipos de delincuentes que no respondan a las premisas de la prevención general negativa o que determinadas normas no sean acatadas por razón del efecto disuasorio de la amenaza de pena. Lo que se resalta es que la pretensión de una efectividad absoluta responde a una falsa interpretación de la prevención de intimidación, la cual lleva a una injustificada comprensión perfeccionista de dicha teoría, desde la que se exige más de lo que cualquier teoría de la pena está en disposición de rendir<sup>25</sup>. Requisito para la legitimidad empírica de la prevención general negativa no es que en todos los casos en los que no se delinque ello sea debido a un efecto de intimidación, sino que basta con que dicho fin de la pena tenga efectos en algunos tipos de delincuentes o en relación a determinados delitos. Ni tampoco debe pretenderse de la intimidación que ésta sea apta para la erradicación del delito, sino tan sólo que posea cierta efectividad en orden a la contención del mismo dentro de unos márgenes aceptables<sup>26</sup>. Asimismo, el hecho de que no exista un conocimiento directo de la norma por parte de los destinatarios tampoco ha de obstar a la legitimación de la prevención general negativa. Por un lado, sin duda esta concepción es, sobre todo, una teoría de la amenaza penal, antes que una teoría de la pena impuesta, pero el conocimiento de la norma no sólo debe exigirse para la intimidación, sino que toda teoría de la pena que pretenda ejercer algún tipo de influencia sobre los ciudadanos no sólo en el momento represivo de la imposición de la pena —como, en realidad, se pretende desde la comprensión mayoritaria de la prevención general positiva—, sino también en el momento preventivo, en el que se apela al ciudadano para que evite la conducta delictiva,

<sup>25</sup> Así, HOERSTER. GA 1970, pp. 273 y 274; SCHMIDHÄUSER. *Vom Sinn der Strafe*, pp. 56 y ss.; HAFFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG. *Verbrechen*, pp. 25 y 26.

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 217.

ya por vía de intimidación por la amenaza de pena, ya por vía de la vinculación moral o consensual del ciudadano a la valoración subyacente a la directiva de conducta, presupondrá el conocimiento de la norma. Por otro lado, el hecho de que dicho conocimiento se produzca a través de instancias mediadoras no tiene por qué desvirtuar el efecto intimidatorio. Para éste basta con que los ciudadanos sepan, con carácter general, que la contrariedad de las normas penales podrá conllevar la imposición de una sanción penal<sup>27</sup>, sin que sea necesario haber leído el Código Penal el día anterior a la perpetración del delito. Desde esta posición mediadora, se pone de manifiesto también que la efectividad de la intimidación, respecto de su legitimación, no debe realizarse desde el análisis de delitos concretos, sino que lo que más bien ha de plantearse es "si es correcto afirmar que el Derecho penal en su conjunto posee alguna eficacia intimidatoria"<sup>28</sup>; y dicha cuestión no debe ser, además, realizada en torno a los delitos cometidos, hecho que es sin duda prueba del fracaso del fin de la pena —pero no sólo de la prevención general negativa: también de toda concepción del Derecho penal basada en la protección de bienes jurídicos—, sino de los delitos que se cometerían si no existiese el Derecho penal<sup>29</sup>. Por último, la constatación de que los ciudadanos no delincan por el hecho de que exista una intimidación penal, sino, en la mayoría de los casos, gracias a la asimilación, a lo largo de su desarrollo social, de ciertas instancias valorativas, no contradice necesariamente la legitimidad empírica de la prevención

<sup>27</sup> SCHMIDHÄUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 58.

<sup>28</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 217; VANBERG. *Verbrechen*, p. 27.

<sup>29</sup> SCHMIDHÄUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HAFFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 80; MIR PUIG. *Introducción*, p. 115; VANBERG. *Verbrechen*, p. 26; GARCÍA-PABLOS. *Introducción*, p. 87: "La eficacia de la pena [...] no puede medirse por sus fracasos visibles: por los delitos que a pesar de ella siguen cometándose, sino por los muchos más que gracias a la misma no llegan a cometerse". Tesis que califica de "absolutamente dominante" (nota 187); similar, MIR PUIG. PG 4/45.

general negativa. Sin duda, existen otros sistemas de control social que inciden indirectamente en contra de la comisión de delitos, pero nada impide, se afirma, concebir el Derecho penal como un medio ulterior —y basado en una *ratio* última— de reforzamiento en términos intimidatorios de los mecanismos preventivos ejercidos por otras instancias normativas<sup>30</sup>. En suma, se afirma —a mi juicio correctamente— que dado ese conjunto de restricciones puede afirmarse una efectividad empírica *suficiente* para legitimar —desde el criterio de la racionalidad instrumental— la intimidación como fin de la pena<sup>31</sup>.

Por lo que respecta a la prevención general positiva, es sabido que las concepciones habituales de la misma conciben el mecanismo de la pena como una prolongación de los diversos mecanismos de control social, actuando, por tanto, por las mismas vías psicológico-sociales difusas. Pero es precisamente este hecho, que *prima facie* parece atribuir a esta concepción de la pena una mayor plausibilidad fáctica, lo que dificulta el análisis de la efectividad de la sanción penal con respecto a estos efectos. Que los ciudadanos no delincan por hallarse arraigadas en las conciencias una serie de valoraciones morales no implica la efectividad de la pena para la contención de acciones delictivas por medio de la conformación del super yo de los individuos, por el hecho de que ese proceso se habrá producido ya a través de las instancias anteriores de socialización<sup>32</sup>. Así, la función ético-social o la "fuerza configuradora de

<sup>30</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 218.

<sup>31</sup> Así, entre otros, SCHMIDHAUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HOERSTER, en GA 1970, p. 75; VANBERG. *Verbrechen, passim*, poniendo de relevancia los análisis empíricos favorables a la prevención general negativa realizados en el ámbito norteamericano desde el análisis económico del Derecho; DÖLLING, en ZStW 102, 1990, p. 8; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 135; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 220 y ss.; KUHLEN, en GA 1994, p. 364; SCHÜNEMANN. *Sobre la crítica*, pp. 96 y ss.

<sup>32</sup> En este sentido, afirma STRÖNG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 22, que el hecho constatado de que el motivo esencial de acatamiento de la norma sea la vinculación moral no demuestra

costumbres" que se atribuye al Derecho penal no ha sido nunca probada empíricamente con carácter general<sup>33</sup>. En este sentido, afirma por ejemplo SCHUMANN, como resultado de sus investigaciones sobre la prevención general positiva, que la influencia del Derecho penal sobre la moral social suele, erróneamente, sobreestimarse<sup>34</sup>. Además, no debe olvidarse que el origen doctrinal de esa finalidad del Derecho penal responde —por ejemplo en las concepciones de H. MAYER O WELZEL— a planteamientos filosófico-políticos, antes que a criterios de efectividad práctica. Sin duda, la influencia de la psicología profunda en el Derecho penal ha permitido establecer un soporte fáctico para sostener dicha concepción. Pero, ¿hasta qué punto son aptas esas ciencias para ofrecer resultados empíricos en lo que a la sanción penal se refiere? Dicha aptitud ha sido puesta en duda por no pocos autores, afirmando la ausencia de una base empírica fiable en sus explicaciones, las cuales, antes que resultados contrastados, tienen el carácter de meras especulaciones. Por un lado, su aplicación al Derecho penal implica la extrapolación de fenómenos pertenecientes a patologías individuales, observados en establecimientos médicos, al contexto macrosocial, obteniendo resultados en este ámbito más a través de deducciones a partir del ámbito individual que de comprobación empírica directa. Se afirma, además, que muchas de sus conclusiones en el Derecho penal suponen la generalización de una hipótesis parcial pensada para explicar un tipo determinado de delitos —violentos o sexuales—<sup>35</sup>. En suma, el

nada sobre la efectividad de la prevención general positiva; cfr. también p. 24, donde pone de manifiesto la dificultad de la demostración empírica de dicho efecto de la pena, dado el solapamiento del mismo con idénticos efectos producidos por instancias previas de control. <sup>33</sup> Cfr. *Opp. Einige Bedingungen*, p. 237; SCHUMANN. *Positive Generalprävention*, p. 51; STRÖNG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

<sup>34</sup> SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 51.

<sup>35</sup> NEUMANN y SCHIBOTH. *Neuere Theorien*, p. 93; LUZÓN PEÑA. *Prevención general*, p. 151; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 43; cfr. asimismo SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 96, respecto a la supuesta contrastación empírica de algunas ciencias sociales, citando a JAGAR (nota 263) en relación al psicoanálisis.

efecto de internalización de valores en la conciencia del ciudadano por vía de la pena o de las normas, por más que se mantenga teóricamente como un fin legítimo y viable de la pena, no resiste una validación empírica. Así, autores más realistas terminan por afirmar que todo lo que puede exigirse al Derecho penal es "un apoyo de los valores y normas que el ciudadano está dispuesto *a priori* a aceptar"<sup>36</sup>. Pero ello no es ya un fin activo de la pena, no es ya un proceso *ex novo* de conformación del super yo o de internalización efectiva de valores, sino que no es más que una mera demostración simbólica del Derecho, la cual no genera o modifica actitudes morales, sino que sólo las manifiesta<sup>37</sup>.

Las dudas suscitadas respecto a la capacidad empírica de la psicología profunda en el ámbito macrosocial de los efectos de la pena vienen a poner en tela de juicio también la viabilidad empírica de los fines de estabilización social por medio de satisfacciones de instintos colectivos de venganza, ya que este fin se nutre empíricamente de la teoría del chivo expiatorio, cuya demostrabilidad también se ha puesto en duda. En cualquier caso, y partiendo de consideraciones más intuitivas que estadísticas, lo cierto es que esos efectos, a la

<sup>36</sup> STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

<sup>37</sup> No obstante, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 300 y ss., afirma que es prácticamente incontestable el hecho de que las normas penales generen, al menos a largo plazo, actitudes morales en los ciudadanos, si bien dicho autor se muestra enérgicamente en contra de la legitimidad de dicha función. Ello es discutible. Por un lado, el Derecho penal puede servir para reforzar criterios morales ya asumidos socialmente por medio de otros medios previos de control social, a través de dicha manifestación de valores citada en el texto. Lo que es menos plausible es que el Derecho penal, por sí mismo, pueda crear *ex novo* determinadas actitudes morales no patrocinadas por dichos medios primarios de socialización. Por otro lado, no hay duda de que dicha pretensión de creación de instancias morales en relación a delitos de nuevo cuño es pretendida por el Legislador —ejemplos: delitos fiscales o relativos al medio ambiente (cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 302)—, pero resulta discutible que ello sea eficaz directamente por el Derecho penal si no viene avalado por un cambio social previo o paralelo en lo tocante a la concienciación moral sobre esos temas, ejercido por medio de otras vías de mayor calado colectivo como políticas sociales, publicidad institucional o por la actividad de organizaciones no gubernamentales, por ejemplo.

vista de las reacciones sociales generadas tras la comisión de determinados delitos, poseen quizá un mayor grado de plausibilidad fáctica que las funciones pedagógicas de la pena. Ahora bien, esta finalidad es considerada por sus defensores —y a diferencia del fin anterior— como un medio para un fin ulterior, el cual es o bien precisamente la internalización de valores, o bien la estabilización y pacificación de la conciencia colectiva, o bien, generalmente como fin jerárquico último, la protección de bienes jurídicos. Pues bien, lo que ya no resulta tan plausible es la explicación de cómo la satisfacción y sublimación de instintos agresivos opera en relación a dichos fines ulteriores. Respecto al fin de conformación del super yo basten las consideraciones críticas acabadas de realizar. Respecto a la misión de estabilización de la conciencia jurídica, o de ejercicio en el reconocimiento del Derecho como orden justo, conviene recordar que la imposición de la pena se ejerce en relación —y en la medida— a la reacción surgida a corto plazo por la acción delictiva, funcionalizándose coyunturalmente criterios de justicia en orden a la indignación despertada en determinados sectores sociales. Ello, si bien puede estabilizar el orden social a corto plazo, conlleva el riesgo de ser disfuncional a largo plazo<sup>38</sup>, fomentándose la imagen del Derecho penal como un orden puramente coactivo. Por último, en relación a la protección de bienes jurídicos, la pacificación por medio de la pena puede canalizar la agresividad que sin la misma degeneraría en reacciones violentas frente a los delincuentes, pero dicho fin de la pena no ofrece una razón empírica convincente del acatamiento general de las normas por los ciudadanos, ya que su mecanismo de actuación abandona totalmente el momento conminatorio de amenaza penal, centrándose en la imposición concreta de pena<sup>39</sup>, y se desvincula, al menos en algunas versiones de la preven-

<sup>38</sup> Así, entre otros, VOSS. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134.

<sup>39</sup> Crítico con las modalidades de la prevención general positiva que abandonan el momento preventivo de dirección por la norma, SCHÖNEMANN. *Sobre la crítica*, pp. 96 y ss.

ción general positiva, de la protección de la vigencia a largo plazo de las normas<sup>40</sup>. Más tarde, y en un plano valorativo, se incidirá en estas objeciones. Lo único que ahora se pretende resaltar es que tampoco la prevención general positiva ofrece un soporte empírico sólido.

Y ese puede ser el balance provisional respecto a la cuestión de la legitimidad empírica de la prevención general: ninguna de las diferentes concepciones de la misma, ni la prevención negativa ni la positiva, es empíricamente verificable en la actualidad. De hecho, si en algo existe unanimidad en esta materia es en el desconocimiento general de cómo actúa socialmente la pena<sup>41</sup>. Por un lado, las precarias investigaciones empíricas de los últimos años sobre la prevención general positiva son rechazadas a partir de la crítica a los propios métodos de investigación, inadecuados para ofrecer un análisis global al complejo problema de la pena<sup>42</sup>. Por otro, se afirma que la distinción entre la prevención general negativa y la prevención de intimidación es realizable en un plano analítico, pero que en

<sup>40</sup> Ello parece claro en posiciones como las de STRENG, en *zstw* 92, 1980, pp. 668 y ss. o ACHENBACH. *Imputación individual*, pp. 140 y ss. La primacía de la imposición de la pena frente a la conminación abstracta en esta concepción es puesta de relevancia también, y entre otros, por Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 112 y 113.

<sup>41</sup> Afirman ese desconocimiento y la dificultad inherente a la comprobación empírica de los efectos de la pena, MAHOFER. *Funktion des Rechts*, pp. 28 y 29; ANDENAES. *Punishment*, p. 147; HASSEMER. *Einführung*, p. 299; MAHWALD, en *GA* 1983, pp. 69 y 72; MÜLLER-DIETZ, en *Jescheck-FS*, p. 820; SCHÖCH, en *Jescheck-FS*, p. 1083; KAUSTEDT-HENKE, en *KrimJ*, 1987, p. 75; ZIFF, en *Pallin-FS*, p. 484; SCHUMANN. *Generalprävention*, pp. 51 y 52; Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 253; DÖLLING, en *zstw* 102, 1990, p. 19; BOCK, en *zstw* 103, 1991, p. 656; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24; HÖRNLE y VON HIRSCH, en *GA* 1995, p. 262; ACHENBACH. *Imputación individual*, p. 142.

<sup>42</sup> Por ejemplo, DÖLLING, en *zstw* 102, 1990, pp. 7 y 13; BOCK, en *zstw* 103, 1991, p. 655 y nota 34, afirmando que con investigaciones como la de SCHUMANN no se gana nada; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 219. Cfr. también MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 118, aportando una amplia panorámica expositiva y crítica a los estudios empíricos alemanes, concretamente los estudios de la Universidad de Bremen (SCHUMANN et ál.) y los de la Universidad de Göttingen (DÖLLING, SCHÖCH, etc.).

la práctica son apenas diferenciables, ya que ambas suelen producirse conjuntamente<sup>43</sup>; y que si la comprobación de los efectos intimidatorios es en sí difícil, la complejidad inherente a los procesos pretendidos por la prevención general positiva dificultan aún más el análisis empírico<sup>44</sup>, hasta el punto de llegarse a afirmar la imposibilidad, no sólo en la actualidad sino con carácter absoluto, de cualquier verificación empírica<sup>45</sup>. Junto a ello suele ponerse de manifiesto la tendencia a una sobreestimación por parte de la doctrina jurídico-penal de los conocimientos empíricos, afirmándose una mayor efectividad empírica de las respectivas teorías que la constatada científicamente, y se advierte en contra de dicha sobreestimación de datos empíricos<sup>46</sup>.

En realidad, lo único que se sabe, y ello como mera hipótesis deductiva, es que una sociedad en la que no existiera el Derecho penal estaría sumida en mayores cotas de violencia social que otra en que sí existiera, o, dicho de otra forma, que el Derecho penal es, *con carácter general*, preventivamente efectivo en relación a una razonable evitación de conductas lesivas para la libertad de los individuos<sup>47</sup>; toda otra consideración respecto a cómo se realiza dicha prevención está abocada al desconocimiento empírico, por lo que su discusión sólo podrá venir sostenida sobre criterios o hipótesis de mayor o menor plausibilidad, sobre lo que en la

<sup>43</sup> PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 230; DÖLLING, en *zstw* 102, 1990, p. 17; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23; MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 111 y ss.

<sup>44</sup> SCHÖCH, en *Jescheck-FS*, p. 1083; ZIFF, en *Pallin-FS*, pp. 484 y 485; DÖLLING, en *zstw* 102, 1990, pp. 3 y 18.

<sup>45</sup> BOCK, en *zstw* 103, 1991, p. 656; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

<sup>46</sup> SCHUMANN. *Generalprävention*, pp. 51 y 52; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23.

<sup>47</sup> En este sentido SCHMIDHÄUSER. *Sinn der Strafe*, pp. 55 y ss., quien rechaza las críticas a la efectividad práctica de la prevención general basadas en criterios perfeccionistas, tendientes a exigir no sólo cierta capacidad para mantener en unos márgenes aceptables las cotas de violencia social, sino también la erradicación de toda conducta delictiva; en similar sentido, HAFERKE. *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG. *Verbrechen*, p. 26; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 217.

lengua alemana suele denominarse *Alltagstheorien*, y que puede entenderse como "criterios de sentido común"<sup>48</sup>.

En resumen, el criterio de la legitimación instrumental no puede servir para excluir a priori ninguna de las opciones que se presentan dentro de la prevención general. Partiendo de la premisa citada de que el Derecho penal reduce, en términos generales, las cotas de violencia social, la discusión en torno a la cuestión de los fines del *ius puniendi* tendrá, por tanto, que girar en torno al otro criterio de legitimación, que a continuación se plantea.

## 2. Legitimación valorativa

No obstante, aun en el caso en que sí pudiera constatarse empíricamente la efectividad práctica de los diferentes fines asignados a la pena, y pudiera excluirse alguno de ellos del ámbito de la discusión, los restantes habrían todavía de pasar por el filtro de la legitimación valorativa, ya que, como lo expresa el acervo popular, el fin no justifica los medios. Dicho de otra forma, la pena debe justificarse no sólo con arreglo a criterios teleológicos, relativos a la satisfacción del fin asignado, sino asimismo en atención a exigencias de naturaleza ético-política<sup>49</sup>; exigencias que parten de principios y garantías

<sup>48</sup> Esa acaba por ser la resignada conclusión de casi todos los autores que se enfrentan al problema de la efectividad empírica de la pena. Cfr., por ejemplo, ANDENAES. *Punishment*, p. 147: "common sense basis"; MAHOFER. *Funktion des Rechts*, p. 28: "especulaciones"; MÜLLER-DIETZ, en Jeschek-FS, p. 820: "especulaciones"; BOCK, en *zstw* 103, 1991, p. 655: "Plausibilitätsabwägungen"; KUHLEN, en GA 1994, pp. 365 y 366: "Alltagstheorien" y "common sense-Erklärung"; BOCK, en *JuS*, 1994, p. 99: "Especialmente para la prevención general, no queda nada más que, en el *Vakuum* del desconocimiento empírico, operar con la "experiencia" y el "sentido común"; HORNLE y VON HIRSCH, en GA 1995, p. 262: para la prevención general positiva la relación con la legitimación empírica se basa en una "plausibilidad obtenida por intuición".

<sup>49</sup> Así, entre otros muchos, HAFFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 69; NAUCKE. *Generalprävention*, pp. 23 ss. y *passim*; KUNZ, en *zstw* 98, 1986, p. 828; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 221; K. A. PAPAGEORGIOU. *Schulden und Strafe*, pp. 15 y ss.; HORNLE y VON HIRSCH, en GA 1995, p. 265.

vinculados a la protección de los intereses esenciales de los individuos frente a la colectividad, heredados de la tradición de pensamiento originada en el proyecto ilustrado y que, en relación a la pena operan como límites —tanto legitimadores como materiales— antitéticos a la inercia preventiva implícita en la racionalidad instrumental. Conviene, además, poner de manifiesto que la atención a los principios garantísticos individuales ha de hacerse efectiva no sólo en el ámbito de los criterios de imputación y en la imposición concreta de la pena, y en relación, por tanto, con los potenciales reos (límites materiales), sino que ya en la forma misma de operar la pena en el conjunto de los ciudadanos deben introducirse dichas consideraciones de naturaleza valorativa, rechazando, así, los fines de la pena que, a juicio del intérprete —en este caso, quien esto escribe—, no sean compatibles con exigencias éticas asumidas como imprescindibles (límites legitimadores). En este sentido, las formas en que deban entenderse esos requisitos dependerán en gran medida de las premisas políticas y filosóficas asumidas, las cuales, como ya hemos dicho y veremos, se plasmarán en las diversas formas de entender la labor coactiva del Estado. En este sentido, es preciso resaltar que el estudio de los fines de la pena se hará, como ya se dijo, no desde la observación fáctica de los efectos que el fenómeno social de la pena produce en sociedad, no desde el *ser*, sino desde criterios valorativos de legitimación, desde el *deber ser*, y que éste, a su vez, no se inferirá del derecho positivo —Código Penal y Constitución— sino que la discusión vendrá centrada en premisas filosófico-jurídicas que trascienden el marco valorativo que pueda derivarse de aquél<sup>50</sup> —desde el cual, en realidad, poco podría decirse sobre el complejo de fines que haya de cumplir el Derecho penal—, si bien

<sup>50</sup> Estas tres formas posibles de análisis son planteadas por MIR PUIG. *Función fundamentadora y función limitadora*, p. 129. Sobre ello abunda SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 194 y ss. Cfr. también FERRAJOLI. *Derecho y razón*, pp. 213 y ss., donde distingue entre "justificación externa" y "justificación interna" al Derecho positivo.

dichas premisas no podrán ser incompatibles con los valores esenciales plasmados en el texto constitucional, ni las consecuencias sistemáticas y político-criminales que de aquéllas se infieran podrán ser opuestas a la regulación de los criterios de imputación establecidas en el Código Penal.

Tenemos así que, junto a la legitimación instrumental, basada en la satisfacción de fines, las formas de concebir la pena y su aplicación deberán también justificarse en orden a su compatibilidad con determinados valores. Ello puede expresarse también acogiendo la terminología acuñada por MAX WEBER<sup>51</sup> en relación con la racionalidad práctica de la acción social. Ésta, según el sociólogo alemán, puede venir justificada a partir de dos criterios diferentes: por un lado, desde consideraciones basadas en la racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*)<sup>52</sup>, la cual atiende exclusivamente a los resultados esperados por la acción. Por otro lado, la acción social podrá considerarse también a partir de la racionalidad valorativa (*Wertrationalität*), desde la que se plantea la exigencia de que la acción se adecue a una serie de principios, los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de resultados<sup>53</sup>. Ambos criterios de racionalidad pueden ser complementarios, dándose conjuntamente; pero en numerosas ocasiones concurrirán en conflicto, "lo que sucede siempre que la condición para satisfacer un fin determinado es la realización de una acción que se considera incorrecta o mala"<sup>54</sup>. Este es el caso de

<sup>51</sup> Cfr. WEBER. *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 y ss.

<sup>52</sup> Sobre opciones en relación a la traducción de dicho término, cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Política criminal*, p. 19, nota 12.

<sup>53</sup> WEBER. *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 y ss. WEBER añade otros dos tipos de justificación o determinación de la acción social: afectivo, basado en sentimientos, y costumbre, los cuales no son de relevancia en lo tocante a la pena. En relación a lo dicho en el texto, cfr. también MAIHOFER. *Funktion des Rechts*, p. 27; MACCORMICK. *Los límites de la racionalidad*, pp. 10 y ss.; 19 y ss. en relación a su aplicación al razonamiento jurídico.

<sup>54</sup> MACCORMICK. *Los límites de la racionalidad*, p. 11.

la práctica punitiva. Ello, indudablemente, respecto de la imposición concreta de la sanción, ya que, como habíamos dicho, hemos de partir de que la pena, condición del bien perseguido, es un mal. Pero asimismo puede ocurrir en relación a los efectos que se consideren legítimos como fines de la pena. Si la pena satisface el fin de protección de bienes jurídicos puede ser legítima desde una racionalidad instrumental, pero puede no serlo desde una racionalidad valorativa si ello se realiza a costa de la conformación del fuero interno de los ciudadanos, por ejemplo. En estos casos de conflicto, debe tenderse hacia una ponderación de ambos criterios de racionalidad. Además, si, como se ha afirmado, el Derecho penal necesita de una doble legitimación: en atención a fines y en atención a valores o principios, ninguno de los dos criterios puede servir para legitimar exclusivamente la labor punitiva. Así, un modelo deontológico puro —la teoría absoluta de la retribución, por ejemplo— se presenta desde la racionalidad instrumental como irracional, dada su ausencia de fines; un modelo teleológico puro es, por su parte, también rechazable, dada su ausencia de límites y correctores valorativos —el fin justificaría los medios—. Lo razonable es, entonces, que la justificación y la actuación del Derecho penal venga determinada por una ponderación de ambas formas de racionalidad. Así, desde la perspectiva weberiana la racionalidad valorativa puede ser concebida como un límite, como un criterio corrector<sup>55</sup>, sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines.

<sup>55</sup> Así, Voss. *Gesetzgebung*, p. 19, desde una interpretación de WEBER. Similar, MACCORMICK. *Los límites de la racionalidad*, p. 14, quien afirma que la racionalidad valorativa es un criterio de "segundo orden", "de un tipo tal que nos permitirá graduar y excluir algunas razones con arreglo a fines", denominándola también precisamente como "razones de corrección", siguiendo a SUMMERS.

### C. Las teorías de la prevención general positiva

#### 1. La misión ético-social

Según esta concepción, el fin del Derecho penal radica, en primer lugar, en la internalización y fortalecimiento de los valores plasmados en las normas jurídico-penales en la conciencia de los ciudadanos. Máximo exponente de la misma es la concepción de la pena mantenida por WELZEL, para quien, como es sabido, el fin primordial del Derecho penal es "proteger los valores elementales de la vida de la comunidad"<sup>56</sup>. Sin abandonar del todo la protección de bienes jurídicos, ésta aparece sólo como un fin dependiente y condicionado por el de la protección de los "valores de la actitud correcta", el cual se establece como un finalidad previa y axiológica y valorativamente superior. "La misión del Derecho penal es la protección de los valores ético-sociales elementales de la actitud jurídica, y sólo dentro de éste la protección de los bienes jurídicos concretos"<sup>57</sup>, afirma el autor alemán. La tendencia moralizante y pedagógica de esta comprensión es acentuada por H. MAYER, para quien "el efecto preventivo-general fundamental del Derecho penal no radica en absoluto en su poder intimidatorio, sino en su poder configurador de las costumbres. La pena tiene, en primer lugar, un significado pedagógico para la totalidad del pueblo, en tanto fortalece, o conforma por primera vez, el juicio moral de la comunidad"<sup>58</sup>. Con ello, y especialmente a través de una pena ajustada a la culpabilidad, se persigue que "como corporeización plena de poder del *pathos* moral [*sittliche*] que subyace al Estado [...] se grave al delito con la representación de un tabú. Esa representación de un tabú provoca que en la mayoría de

<sup>56</sup> WELZEL. *Strafrecht*, p. 1. Le sigue CEREZO MIR. PG 1,1997, p. 15.

<sup>57</sup> WELZEL. *StR*, p. 4.

<sup>58</sup> H. MAYER. *StR*, p. 26.

los casos no se tome seriamente en consideración la posibilidad de realizar" una acción delictiva<sup>59</sup>.

También entre nuestros penalistas ha sido defendida una visión similar del Derecho penal. En un conocido escrito sobre los fines de la pena, afirmaba en 1944 ANTÓN ONECA: "La prevención general no es sólo la intimidación. Su misión más alta es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad"<sup>60</sup>, concluyendo que, "en suma, la prevención general es, en primer término, función pedagógica, reafirmación de la moral colectiva"<sup>61</sup>.

Como hemos visto, el fin de protección de los valores ético-sociales del acto es concebido por sus propios partidarios e interpretado por algunos autores posteriores como un medio más efectivo para la ulterior protección de los bienes jurídicos<sup>62</sup>. Pero, al menos en su concepción original, la razón de ser del fin de internalización de los valores plasmados en las normas puede ser concebido no únicamente a partir de su efectividad para un fin ulterior: la protección de bienes jurídicos, sino que, en su fundamento teórico-político, adquiere un carácter, relativamente autónomo, de fin en sí mismo. Así, por ejemplo, destaca MAYER la justificación moral, y no sólo funcional respecto del fin ulterior de protección de bienes jurídicos: "La función preventivo-general del Derecho penal encuentra su fundamento moral en su determinación de presentar la realidad moral del pueblo y de probar la realidad y el poder del orden de las costumbres y del Derecho sobre el injusto"<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>60</sup> ANTÓN ONECA. *La prevención general*, p. 93.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>62</sup> Entre otros, también SCHÖNEMANN, en GA 1986, p. 350: "internalización de las normas y de los valores culturales", en aras de la evitación de conductas lesivas para los bienes jurídicos.

<sup>63</sup> H. MAYER. *StR*, p. 4.

Esta concepción de la pena puede reconducirse, a mi modo de ver, a la comprensión ética del Estado e historicista de lo jurídico propia de HEGEL y presente en los años 20 y 30 en Alemania, hasta su perversión y degeneración totalitaria por la ideología nazi<sup>64</sup>. Dicha comprensión es la que puede justificar la supeditación de la protección de los bienes jurídicos frente a la protección de la conciencia ético-normativa, así como una justificación interna al fin ético-social welzeliano, si bien no su legitimación desde los presupuestos actuales que deben conformar un Derecho penal liberal, propio de un Estado de Derecho.

La filosofía política hegeliana arranca de la indisoluble unidad existente entre la identidad moral del Estado y la de los individuos<sup>65</sup>. La idea de la *Moralität* kantiana (traducible como "moralidad" o ámbito de la "ética"), abstracta y racionalista, individual y universalizable por ser fruto de la razón, es rechazada por HEGEL como fundamento de la ética, porque, dado su grado de abstracción y su individualismo, no es capaz de aunar el ámbito de lo concretamente existente en una comunidad histórica dada. Por el contrario, sólo la *Sittlichkeit* ("eticidad" o ámbito de la moral) puede establecer el vínculo necesario entre lo justo y lo real, entre la libertad abstracta y desvinculada de su plasmación en la realidad y la concreta libertad real, la cual sólo puede realizarse en torno al magma sustancial de las convicciones morales de una comunidad determinada<sup>66</sup>. Y, frente al contrato social kantiano,

<sup>64</sup> Sobre la relación entre el pensamiento de HEGEL y la ideología nazi, cfr., brevemente, MARKEN. *Der Kampf*, pp. 239 y ss.

<sup>65</sup> Así, por ejemplo, RUBIO CARRACEDO. *Paradigmas de la política*, p. 41.

<sup>66</sup> La traducción de ambos términos no es unánime. Como en la traducción del texto, THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, p. 194. Otra traducción habitual, también referida en el texto, es la que distingue, casi literalmente, entre "moralidad" (*Moralität*) y "eticidad" (*Sittlichkeit*) (así, por ejemplo, CORTINA. *Ética sin moral*, p. 152). Más relevante, en cualquier caso, que la traducción es el significado que ese par de conceptos reciben. En general sobre las diferentes formas de entender la oposición entre ese par de conceptos, puede

expresión de dicha razón universal, el Estado en HEGEL se conforma a partir de la concreta e histórica *Sittlichkeit*, la cual supone, como decimos, la pretensión de superación del particularismo individual en la unidad de un *ethos* sustancial, en el que voluntad

---

verse CORTINA. *Ética sin moral*, pp. 152 y ss. Relevante para nuestro análisis es la tendencia conservadora que puede conllevar la idea de la eticidad, al servir de legitimación de lo concreto: de los valores dados en una sociedad determinada, por un lado; y la potencialidad crítica de la idea de la ética -moralidad- frente a la eticidad, al establecer un criterio deliberativo de racionalidad sobre lo correcto, permitiendo así la crítica y refutación de los valores morales dados. La distinción entre KANT y HEGEL en este sentido se ha visto renovada en la actualidad a partir de la discusión filosófico-política entre el liberalismo y el comunitarismo, en la que basaremos la discusión posterior sobre los fines del Derecho penal. Sobre la actualidad de la oposición de HEGEL a la moralidad kantiana en el seno de dicho debate, desde una perspectiva metaética de fundamentación de principios éticos, puede cfr. NINO. *Ética y derechos humanos*, pp. 130 y 131; también FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 324 y ss. y *passim*, así como las obras citadas en esta misma nota de THIEBAUT y COZMIA. En lo que respecta al ámbito de la evolución de las ideas jurídicas, esa oposición entre la *Moralität* y la *Sittlichkeit* viene a representarse, en sus exactos términos, en la oposición entre el racionalismo ilustrado y el historicismo, respectivamente. Esta última línea de pensamiento, surgida al amparo de la figura de HEGEL en el seno del movimiento romántico alemán del siglo XIX, se configura como una *reacción* al racionalismo ilustrado y liberal, y, frente a la fundamentación de las normas basada en la razón individual universalizada, y en situar, por tanto, al individuo como eje central creador del Derecho, opone el carácter necesariamente histórico del ordenamiento jurídico, considerando que las normas se fundamentan en el hecho de ser la manifestación inconsciente y espontánea del espíritu popular, del *Volksgeist*; promulgando -frente a lo racional, lo individual y lo abstracto- lo irracional, lo colectivo y lo concreto, situando entonces al "pueblo" como origen y sujeto del Derecho. Cfr., sobre esa oposición, GACIO, ALEJANDRE y GARCÍA MARÍN. *Historia del Derecho*, pp. 332 y 333.

El rechazo de una fundamentación -y, consecuentemente, una validez- universal de los valores, propio de la *Moralität* kantiana y del liberalismo contractual actual, y la oposición de un contextualismo, característico de la *Sittlichkeit* hegeliana, el cual fundamenta los valores en lo vigente en una tradición cultural e histórica determinada -con el riesgo, presente en toda esta línea de fundamentación, desde HEGEL hasta los actuales comunitaristas, de derivar la validez de los valores de su vigencia fáctica, careciendo de un criterio de crítica a lo dado-, se encuentra también en WELZEL, *Naturalismus*, quien objeta a KANT el haber depravado lo real y haber volatilizado lo racional en un conceptualismo irreal (pp. 86 y 87) y quien, apoyándose en el aforismo de HEGEL de que "lo racional es real y lo real es racional", viene a afirmar que es "en la metafísica del hombre donde encuentran los valores su carácter absoluto. Pero este ser-hombre (*Mensch-Sein*) no es un abstracta generalidad conceptual, sino -al igual que las concreciones raciales en su parte corporal- un ser-hombre concreto, es decir, un ser-alemán, un ser-español, etc.

subjetiva y voluntad objetiva, lo particular y lo universal, el ser histórico y el deber ser de la razón, se aúnan en una totalidad ética trascendente (319)<sup>67</sup>. Así, es la realidad sustancial, espíritu real, objetivo, de un pueblo, de donde surge el Estado: "El Estado es la realidad efectiva de la idea ética (*sittliche*), el espíritu ético como voluntad sustancial revelada" (257). Y, "en cuanto realidad de la voluntad sustancial [...] es lo racional en sí y por sí" (258).

Las afirmaciones de HEGEL se desarrollan en un plano abstracto, casi metafísico, por lo que esa abstracción en sus afirmaciones, así como la formalidad de su método dialéctico y su pretendida fusión entre lo real y lo racional, entre el ser y el deber ser, permite que su pensamiento sea interpretado desde posiciones ideológicas opuestas, y que su lectura sea realizada ya en clave epistemológica o sociológica, ya en clave normativa, política<sup>68</sup>. Por otra parte, no han dejado de destacarse entre sus intérpretes ciertas aparentes inconsecuencias o tensiones internas en su pensamiento, como, por ejemplo, el respeto a la persona en cuanto persona frente a la sumisión de la voluntad individual a la volun-

[...] Así, es siempre la concreta cultura la manera en que se expresa la actitud valorativa de la nación singular vinculada por la sangre y el destino" (p. 86); para después postular que es "en la indagación de los concretos valores de la situación histórica en lo que consiste la eminente misión 'política' de la ciencia y en especial de las ciencias de la cultura. Atribuir una misión 'política' a la ciencia no significa otra cosa que orientarla desde un mundo irreal de los conceptos hacia las necesidades concretas de la situación histórica, que dé el 'verdadero' sentido, es decir, válido en la realidad, al destino actual de la comunidad estatal del pueblo" (p. 87). Sobre la proximidad de WELZEL con esta línea de pensamiento, cfr. MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 34.

<sup>67</sup> *Principios de la filosofía del Derecho*. Los números entre paréntesis en el texto corresponden a los párrafos de esta obra. Sobre esa totalidad ética, puede verse VERMEL. "Comentario introductorio" a HEGEL. *Principios*, p. 24. Cfr. la influencia de dicha concepción hegeliana en MAYER-SIR, p. 3.

<sup>68</sup> Como afirma E. DIAZ. *Estado de Derecho*, p. 156, "El tema de las interpretaciones de HEGEL es, como se sabe, uno de los temas más complejos de la historia de la filosofía". En la obra citada presenta este autor una extensa panorámica de las interpretaciones de que ha sido objeto la filosofía política hegeliana (pp. 151 y ss.).

tad del Espíritu objetivo y la atribución de valor de la misma en función de su aportación para con el todo estatal<sup>69</sup>. En cualquier caso, en las referencias políticas de su pensamiento cabe detectar, como se ha hecho por buen número de autores, cierta potencialidad reaccionaria y antiliberal, en materia de relaciones Estado-individuo<sup>70</sup>. Como ha afirmado SABINE, en HEGEL era el Estado nacional "más que el individuo o cualquier otro grupo de individuos lo que constituía la unidad significativa [...] [y] El genio o el espíritu de la nación (*Volkgeist*), que actúa a través de los individuos pero independiente en gran medida de su voluntad e intención conscientes, era considerado por él como el verdadero creador del arte, el Derecho, la moral y la religión"<sup>71</sup>. Por ello, continúa, el "individuo es sólo una variante accidental de la cultura que lo ha creado [...] no debe contar mucho porque, en general, 'los individuos caen dentro de la categoría de medios'. Sus deseos y satisfacciones son justamente sacrificados para la realización de los fines más amplios de las naciones"<sup>72</sup>. "Obviamente, pues, el Estado

<sup>69</sup> Cfr., por ejemplo, SABINE. *Historia de la teoría política*, p. 496.

<sup>70</sup> Radicalmente en este sentido, POPPER. *Die offene Gesellschaft*, pp. 80 y ss.; también SABINE. *Historia de la teoría política*, p. 496; FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 881, quien destaca el carácter conservador y contrario al proyecto ilustrado de HEGEL; cfr. también el "Prólogo" de N. BOBBIO a la obra de FERRAJOLI acabada de citar, p. 18: "Uno de los enemigos mortales del defensor convencido del garantismo es el Estado ético de HEGEL y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad"; asimismo BOBBIO. *Hegel und die Naturrechtslehre*, pp. 81 y ss. (pp. 82 y 85, identificando la concepción del *Volkgeist* de HEGEL con la del romanticismo irracionalista germano; pp. 86 y 90 respecto del holismo y organicismo hegeliano). También THIÉBAUT. *Los límites de la comunidad*, p. 181, asocia la crítica hegeliana a la *Moralität* kantiana con cierta tendencia conservadora, reavivada en el actual debate entre comunitaristas y liberales"; en similar sentido, CORTINA. *Ética sin moral*, pp. 133 y 144, 158 y ss., quien enfrenta la eticidad hegeliana -"conservadora"- a la moralidad kantiana -"transformadora"- . En similar sentido, respecto a la potencialidad autoritaria de la concepción hegeliana, BILBENY. *Política sin Estado*, pp. 81 y 82. Una lectura más progresista de la filosofía política de HEGEL hace, en cambio, MAIHOFER. *Hegels Prinzip des modernen Staates*, pp. 361 y ss.

<sup>71</sup> SABINE. *Historia de la teoría política*, p. 473.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 484. Cfr. las declaraciones de WELZEL. *Über den substantiellen Begriff*, p. 228, respecto de la "misión histórico-cultural" de la comunidad, para la cual los actos de los

debía ser absoluto puesto que él y sólo él encarna los valores éticos. Obviamente también, el individuo alcanza la dignidad y la libertad moral sólo cuando se dedica al servicio del Estado<sup>73</sup>.

Desde esta comprensión, y a diferencia del liberalismo, la labor del Estado no será la protección de intereses de los individuos, sino primordialmente el mantenimiento de la totalidad ética, la cual se configura como el *ethos* que conforma la comunidad –ya que en ella se expresa la identidad del pueblo– y, por ello, el Estado mismo. Fin del Derecho es, en otras palabras, la protección de ese Espíritu objetivo, de los valores que dan sentido a la comunidad, cuyo relajamiento llevaría a la disgregación y negación de la misma. Así, frente a la concepción liberal que concibe el Estado como un contrato social conformado a partir de los intereses de todos los individuos, afirma HEGEL que “el Estado no es en absoluto un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo incondicionado la protección y la seguridad de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es, por el contrario, lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio” (100)<sup>74</sup>.

Como hemos dicho, para HEGEL sólo dentro de la comunidad será realizable la libertad del individuo, por lo que la pervivencia de la comunidad ética implicará también una defensa de la libertad individual, cuyos límites, no obstante, se conformarán a tenor de

---

individuos, si bien representan la altura moral de la primera, son para ella únicamente un medio para llevar a cabo tal misión.

<sup>73</sup> SABINS. *Historia de la teoría política*, p. 496.

<sup>74</sup> Cfr. BILBENY. *Política sin Estado*, pp. 81 y 82, quien destaca la inercia de la concepción hegeliana hacia el autoritarismo y la doctrina de la “razón de Estado”: “El Estado es lo racional en sí y por sí”. De ahí a la defensa del Estado como un fin en sí mismo [...] hay un mínimo paso, y la defensa de todos los medios para conseguirlo [...] un paso todavía más imperceptible. Una vez hecho del Estado la *ultima ratio* de la política ya no resulta por lo menos incongruente concluir [...] que el fin justifica los medios”.

las convicciones morales dadas. En este sentido, los intereses de los individuos ostentarán un menor rango cualitativo frente a la pervivencia de la identidad de la comunidad, de la misma forma que en la comprensión de HEGEL el individuo sólo adquiere sentido dentro de la existencia del Estado, cuyo poder no se concibe frente a la libertad individual de los mismos, sino como parte creadora de dicha libertad, ya que el espíritu objetivo es la única realidad trascendente<sup>75</sup>. “Por ser el Estado el espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él” (258), afirma HEGEL. Desde este presupuesto, la opción entre el individualismo y el holismo es tomada claramente por el filósofo alemán: “El espíritu tiene realidad y sus accidentes son los individuos. Respecto de lo ético sólo hay por lo tanto dos puntos de vista posibles: o se parte de la sustancialidad o se procede de modo atomístico, elevándose de la particularidad como fundamento. Este último punto de vista carece de espíritu, porque sólo establece una conexión, mientras que el espíritu no es algo individual, sino la unidad de lo individual y lo universal” (156. Agregado)<sup>76</sup>. Así, “el derecho subjetivo de los individuos a una determinación subjetiva de la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a una realidad ética” (153). Ello implica, en lo tocante al establecimiento de la prioridad política entre los derechos de los ciudadanos y el Estado –fusionado con la “comunidad ética” del pueblo– notables consecuencias: “Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un

---

<sup>75</sup> Cfr. sobre esto, BOSSO. *Hegel und die Naturrechtslehre*, p. 88; FOERST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163.

<sup>76</sup> Cfr. BOSSO. *Hegel und die Naturrechtslehre*, p. 91: “La comunidad del pueblo, concebida como histórica y viva totalidad, cuyo sujeto ya no es el individuo o la suma de individuos, sino una colectividad, un *todo orgánico*”. Cfr. también, FOERST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163; y SCHUSKY. *Systemfunktionaler*, p. 40, quien resalta la comprensión totalizadora y colectivista de lo social implícita en el *Espíritu objetivo* hegeliano.

derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado" (258).

En suma, la concepción sustancial de la colectividad, integrada en torno a las convicciones morales concretamente dadas y su manifestación inmediata en el Estado, conlleva, por un lado, la dependencia de los intereses y garantías del individuo respecto de las necesidades de perpetuación de la comunidad ética; por otro, una notable confusión entre Derecho y moral<sup>77</sup>, en dos sentidos; en primer lugar, desde una juridificación de la *Sittlichkeit* hegeliana —a partir de la identidad entre Estado y comunidad ética—, lo protegido no serán intereses esenciales y tangibles de los ciudadanos, sino el conjunto de valores morales presentes en una comunidad, independientemente del contenido y de la corrección de los mismos, ya que ellos plasmarán la identidad de la comunidad ética; en segundo lugar, dado que la misión esencial del Estado será la perpetuación y fortalecimiento de dichos valores morales, dicha misión se realizará no mediante relaciones coercitivas externas, prohibiendo acciones, sino mediante relaciones internas, fortaleciendo actitudes.

Dicha comprensión ético-sustancialista del Estado y la comunidad generará toda una línea de pensamiento, que podemos denominar como *comunitarismo*, la cual, como decimos, adquirirá especial relevancia en Alemania en el momento histórico en que WELZEL desarrolla su concepción del Derecho penal. Antes de llegar a ese momento, conviene exponer asimismo algunos epígonos de la misma. Dentro de la sociología —si bien con notables implicaciones ideológicas— es importante citar a TÖNNIES, y su obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887). Este autor establece dos mo-

<sup>77</sup> Cfr., por ejemplo, H. MAYER. *StR*, pp. 60 y ss. Crítico con la concepción hegeliana en este sentido, FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 230.

delos ideales opuestos de sociedad, que responden a dos formas de racionalidad distinta. La "comunidad" se origina a partir de una "voluntad orgánica" (*Wesenswille*)<sup>78</sup> que aúna los afectos, convicciones morales y tradiciones del grupo y los integra en un todo homogéneo. En ella los individuos, al igual que en la comunidad ética hegeliana, están internamente vinculados en torno a una serie de valores supraindividuales que conforman el ser trascendente de la comunidad y a partir de los cuales se identifican y relacionan entre sí los miembros de la misma<sup>79</sup>. La "sociedad", en cambio, surge a partir de lo que TÖNNIES denomina la "voluntad reflexiva" (*Kürwille*). En ella los individuos no están previamente unidos en torno a una identidad común sobre una serie de tradiciones y convicciones morales, sino que son criterios externos de racionalidad instrumental, basados en el interés de su protección frente a otros individuos y en la intención de evitar así el *bellum omnium contra omnes*, lo que les lleva a formar la sociedad. Ya no es la tradición, sino la convención, lo que conforma la asociación de los individuos. Así, mientras la comunidad determina, a partir de la mutua identificación en las tradiciones y valores compartidos, el horizonte de subjetividad y de intereses del individuo, siendo la misma comunidad, como único ámbito de existencia posible, el mayor bien; la sociedad, bajo el modelo ideal del contrato social, representativo de dicha voluntad racional y reflexiva, es conformada por los intereses de los individuos. Si la razón de ser de la comunidad es un *prius* basado en una determinada identidad moral, interna, la razón de ser de la sociedad es un *posterius* basado en el consenso voluntario, externo<sup>80</sup>. HARDWIG,

<sup>78</sup> La traducción proviene de la obra de ROCHER. *Introducción a la sociología general*, p. 220.

<sup>79</sup> Cfr., por ejemplo, ROCHER. *Introducción a la sociología general*, p. 224: en TÖNNIES "la comunidad constituye pues una totalidad orgánica, en cuyo seno la vida y el interés de los miembros se identifican con la vida y el interés del conjunto".

<sup>80</sup> Sobre la concepción de TÖNNIES puede verse ROCHER. *Introducción a la sociología general*, pp. 219 y ss.; DAHRENDORF. *Gesellschaft*, pp. 151 y ss.; BICKEL, en *Pipers Handbuch der Politischen*

uno de los pocos penalistas que ha derivado consecuencias dogmáticas y materiales en referencia directa al modelo de comunidad de TÖNNIES, abunda en dichas diferencias. Afirma, por un lado, que los conceptos esenciales del modelo de la "sociedad"—propios de la modernidad ilustrada—son la libertad, la seguridad, la satisfacción y el daño<sup>81</sup>. Por el contrario, lo que define a la "comunidad" son los valores esenciales compartidos, de los cuales surgen unos supervalores, que operarán como requisitos mínimos de supervivencia de la comunidad y, por ello, como pautas básicas de la convivencia dentro de la misma, conformando la actitud (*Gesinnung*) exigible a todo aquel que pertenezca a dicha comunidad<sup>82</sup>. El supervalor jerárquicamente más relevante es el de la "comunidad en sí misma", pero ello no entendido en relación a una comunidad concreta, sino al "hecho valorativo de que la vida sin una comunidad no es tan valiosa—o no lo es en absoluto—como la vida en comunidad"<sup>83</sup>. El segundo valor fundamental es la disposición de todos los individuos al sacrificio y a la ayuda hacia su comunidad, ya que sin esa disposición la comunidad no perdería. Y el tercero y último es la fidelidad a la comunidad, asimismo requisito imprescindible para la supervivencia de la misma<sup>84</sup>.

*Ideen*, pp. 138 y ss.; s. v. "Gemeinschaft", en *Soziologie-Lexikon*, p. 184; s. v. "Gemeinschaft", en *Staats-Lexikon*, Görres Gesellschaft, pp. 849 y ss. También HARDWIG, en *zstw* 68, 1956, pp. 17 y ss.; id. *MSchrKrim* 1961, pp. 194 y ss.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>82</sup> HARDWIG, en *zstw* 68, 1956, pp. 18 y 19.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 19. No deja de sorprender el hecho de que esta concepción sea defendida por HARDWIG pocos años después de la dictadura nacionalsocialista. El autor se esfuerza por distinguir (ya en 1961: en *MSchrKrim* 1961, pp. 195 y ss.), dentro de la idea de la comunidad, una comunidad autoritaria, en las que las relaciones de poder se dan verticalmente, y una comunidad cooperativa, en la que las relaciones se dan horizontalmente; pero lo cierto es que, en lo que a consecuencias políticas o jurídicas se refiere, las similitudes son mayores que las diferencias.

Ambos modelos de sociedad son contemplados por TÖNNIES, en principio, evolutivamente, respondiendo la "comunidad" a grupos tradicionales y pequeños, y siendo la "sociedad" producto de la evolución y creciente complejidad de los grupos sociales, en los que los valores morales, dado el pluralismo en que coexisten, se relativizan y diversifican. No obstante, son modelos ideales, basados en una contemplación no tanto cronológica como analítica. Ambas formas de asociación, por tanto, pueden concurrir en un mismo momento, agrupando por ejemplo una sociedad diferentes comunidades. Pero más relevante para nosotros que como modelo de análisis sociológico son sus vinculaciones políticas. Como puede apreciarse, en la teoría sociológica de TÖNNIES se contraponen en realidad dos tradiciones filosófico-políticas contrarias, oponiéndose al racionalismo iusnaturalista laico de la Ilustración, con su modelo social ideal del contrato social, el sustancialismo comunitarista hegeliano, el cual apela a las tradiciones, la etnia o la lengua como lazos vinculantes originarios de la formación grupal<sup>85</sup>. Especialmente crítico con la concepción de TÖNNIES se ha mostrado DAHRENDORF, resaltando la clara orientación política del sociólogo, caracterizada por la tendencia a dar predominancia valorativa a la idílica comunidad en la que no existen conflictos entre sus integrantes frente a la egoísta unión de intereses opuestos de la sociedad, y, en general, afirmando que "la dicotomía de TÖNNIES es históricamente falsa, sociológicamente unilateral y políticamente antiliberal"<sup>86</sup>. Antiliberal en tanto en cuanto la concepción cuasi-metafísica de la comunidad—tan cercana a la de

<sup>85</sup> Esto es especialmente destacado por DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 153. Cfr. asimismo, ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 224.

<sup>86</sup> DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 154; ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 229: "Ha podido afirmarse que su obra contribuyó a la proliferación de los movimientos románticos y nacionalistas alemanes, incluido el nazismo". Dicho carácter antiliberal es también destacado por GUTMANN, en *ARSP* 1997, pp. 53 y 54, relacionándolo con los actuales defensores del comunitarismo.

HEGEL— es trasladada por TÖNNIES a servir de explicación fundacional también del Estado, el cual es expresión última y formalizada del ser de la comunidad, al plasmarse en él los valores que integran su esencia<sup>87</sup>. Se unifica, así, lo moral y lo político, lo privado y lo público. En suma, en el modelo político de TÖNNIES nos hallamos ante la misma concepción ética del Estado y de lo social que en el de HEGEL.

Como ha sido mencionado, la contraposición entre individuo y comunidad, entre liberalismo político y estatalismo ético, se dará con especial énfasis en las décadas de los años 20 y 30 en Alemania, hasta llegarse a la degeneración de la concepción estatal hegeliana —o quizá simplemente elevándose al máximo exponente la potencialidad conservadora y autoritaria ya presente en HEGEL— en el totalitarismo nazi y en su sacralización de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*), como esencia y destino colectivo, como fuente última de todo Derecho y derechos. ELÍAS DÍAZ<sup>88</sup> ha resaltado lúcidamente la íntima vinculación existente entre el organicismo ético y el Estado totalitario: “El organicismo aparece así como un precedente, más o menos inmediato, de los modernos totalitarismos nacionalistas (ejemplo, a través de la comunidad de raza que de allí deriva), aunque, por supuesto, no exclusivamente bajo ese aspecto orgánico-biológico, sino sobre todo [...] en su dimensión más depurada de organicismo ético y espiritualista. La sociedad se concibe entonces como un ente moral y un organismo espiritual dotado de fines sustantivos propios, transpersonalistas, diferentes de los fines que corresponden a los hombres que componen esa sociedad, diferentes incluso de los fines a que aspira la mayoría de ellos. La colectividad se sustancializa, se santifica ética y espiritualmente, exigiendo así el ejercicio de un poder y de un Estado de carácter verdaderamente totalitario”.

<sup>87</sup> Cfr. las referencias literales de TÖNNIES en DAHRENDORF. *Gesellschaft*, p. 154.

<sup>88</sup> E. DÍAZ. *Estado de Derecho*, p. 63.

El hegeliano LARENZ, a quien puede considerarse un destacado teórico de dicha concepción del Estado<sup>89</sup>, plantea con especial nitidez la diferencia entre la concepción liberal y la comunitarista, por lo que merece la pena exponer su postura. El individualismo —afirma este autor—, propio del pensamiento racionalista de la Ilustración, parte de la idea de que “la comunidad se funda a partir de la libre razón (*Vernunft*) de cada individuo y de que el fin del Estado consiste únicamente en garantizar de la forma más completa posible la libertad innata que, como esencia racional, posee todo individuo”<sup>90</sup>. En este modelo político, “la libertad del individuo razonable (*vernünftig*)”<sup>91</sup> es [...] el valor moral y social supremo”<sup>92</sup>. Para LARENZ, sin embargo, la concepción individualista no es sostenible. El Estado no puede ser concebido meramente bajo un fin instrumental, y, por tanto, como una convención, sino, por el contrario, ha de entenderse como una esencia ontológica, como un fin en sí mismo: “El Estado es, según su esencia, voluntad. No es algo así como el producto de una voluntad, ya que sólo es en cuanto se crea a sí mismo, y sólo se crea a sí mismo en cuanto él quiere ser, y obra como voluntad. Pero una voluntad sólo puede crear el Estado si los hombres, como órganos del mismo, asumen su querer y su actuar como el querer y actuar del Estado”<sup>93</sup>. La

<sup>89</sup> Y a quien no puede dudarse en calificarle como un pensador del nacionalsocialismo. Como destaca MARXEN. *Der Kampf*, p. 239. LARENZ era comúnmente considerado como el filósofo del Derecho de la escuela de Kiel.

<sup>90</sup> LARENZ. *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 95.

<sup>91</sup> El adjetivo *vernünftig* puede traducirse como “racional” o como “razonable”. Si especificamos dicha opción es porque la diferenciación entre lo racional y lo razonable (entre lo *Rational* y lo *Vernünftigen*) jugará posteriormente un papel importante en la fundamentación del Derecho penal que aquí se propondrá.

<sup>92</sup> LARENZ. *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 96, citando a KEISEN.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 103. LARENZ realiza la misma crítica que ya hiciera HEGEL sobre la teoría del contrato social, basada en que el Estado no puede concebirse como una “cosa arbitraria y casual”, fruto del arbitrio intersubjetivo, ya que implicaría la negación de la autoridad y majestad de la “totalidad ética” en la que yace la voluntad del Estado, previa a la de los individuos. Cfr., sobre ello, BOBBIO. *Hegel und die Naturrechtslehre*, pp. 88 y 89. Sobre las

voluntad creadora del Estado es, así, la voluntad creadora de la comunidad. "El Estado es la unidad de voluntad histórica del pueblo", y esa unidad de voluntad viene dada por la "estructura espiritual trascendente al individuo [...] en la que el pueblo se autoconcibe como 'vivencia y destino'". Desde esta comprensión, el fin del Estado no es la protección de la libertad individual, sino —en forma similar a la concepción de MAYER de la prevención general— "traer a expresión objetiva el espíritu moral vivo en el pueblo"<sup>94</sup>.

Esta hegeliana "metafísica del Estado" (LARENZ) fue trasladada al Derecho penal de manera directa por los penalistas más claramente afines a la ideología nacionalsocialista —SCHAFSTEIN, DAHM<sup>95</sup>—, pero fue también asumida, más o menos explícitamente y con más o menos reparos, por penalistas que no llevaron a sus últimas consecuencias dogmáticas y materiales los postulados de dicha ideología, aunque no dejaron de plasmar en el Derecho su impronta autoritaria; autores como el primer GALLAS<sup>96</sup>,

críticas nacionalsocialistas a la ideología liberal, cfr. MARXEN. *Der Kampf*, pp. 21 y ss. Cfr. también la crítica al liberalismo de WELZEL. *Naturalismus*, p. 49.

<sup>94</sup> LARENZ. *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 104 y 105. Cfr. también AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 217, quien resalta que para la ideología nacionalsocialista el valor esencial no lo constituye el individuo, sino el pueblo, por lo que el mantenimiento de éste —de su identidad cultural, moral y racial— es el fin supremo del Derecho penal. Cfr. MARXEN. *Der Kampf*, p. 62, sobre la vinculación entre el pensamiento de la comunidad sustancial y la concepción del Estado en la ideología nacionalsocialista. En el mismo sentido, entre otros, HASSEMER. *Theorie*, p. 51.

<sup>95</sup> Cfr. la obra programática de ambos autores, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pp. 8 y ss. y pássim; DAHM. *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 11: "La comunidad es una vinculación personificada y viva entre hombres de igual actitud"; p. 12: "Puede verse al hombre, como en la ilustración y el primer liberalismo, como ser razonable y basado en su autosatisfacción [...] o como ser social, en su relación con el entorno [...] Nosotros contemplamos al hombre de otra forma, como miembro activo del pueblo (*Volksgenossen*), como miembro de una comunidad concreta". "Toda comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros".

<sup>96</sup> Cfr. GALLAS, en *Gleispach-FS*, p. 53: la elección entre la comprensión del delito como

H. MAYER<sup>97</sup> o WELZEL<sup>98</sup>. En todos ellos, en suma, se concibe el Estado como una realidad órtica —no sólo como un deber ser, sino, incluso previamente, como un ser— conformada a partir de la esencia moral que conforma e integra la comunidad y que, por ello, prevalece sobre la autonomía moral del individuo. El Estado —y con él el Derecho penal— no es asumido, así, como un instrumento al servicio de los individuos, sino que, de alguna forma, es fin en sí mismo, ya que encarna y es vehículo de los valores y convicciones sin los cuales la comunidad no podría subsistir y perpetuarse en su "destino histórico"<sup>99</sup>. Ya vimos que MAYER otorgaba a la prevención general un fundamento moral, basado en "su determinación de presentar la realidad moral del pueblo"<sup>100</sup>. Y es desde dicha moral de la comunidad, institucionalizada en el

---

lesión de bienes jurídicos o como lesión de deber "es de naturaleza filosófico-política, y en conclusión no puede haber duda: el acento ha de ponerse más en la lesión de deber y menos en la lesión del bien jurídico"; pp. 62 y 63. Sobre esta base ideológica, frente al "bien jurídico" y el "interés" individual, adquieren relevancia primordial para la construcción jurídico-penal las ideas de "deber" y "actitud" (p. 51). La proximidad y dependencia de las consideraciones de GALLAS respecto de la ideología nacionalsocialista es resaltada por AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 228.

<sup>97</sup> Léase la introducción al *Das Strafrecht des Deutschen Volkes* de H. MAYER; id. "Der Verbrechensbegriff", en *Deutsches Strafrecht*, 1938, pp. 73 y ss.: "El delito es la acción que entra en insostenible contradicción con el orden ético del pueblo [...] el cual es atacado en su poder psicológico y vigencia ideal" (p. 78).

<sup>98</sup> Cfr. WELZEL. *Über den substantiellen Begriff*, pp. 228 y 233 y 234. Cfr., asimismo, *Naturalismus*, pp. 49, 65, 105 y ss. o 118. La similitud de ciertos planteamientos welzelianos con ideas nacionalsocialistas es mencionada por AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 223 y 278, resaltando el carácter antiliberal de ambas posturas; también p. 160 relacionando la teoría de la acción welzeliana con el romanticismo y los presupuestos filosóficos hegelianos. En el mismo sentido MARXEN. *Der Kampf*, p. 41, nota 135; FROMMELT, en *ADPCT* 1989, p. 622. De forma similar, destaca MÜLLER-TUCKWELD. *Integrationsprävention*, p. 34, que la concepción de WELZEL del fin del Derecho penal no puede desvincularse de su filosofía de los valores ontologizante y estatalista. Más en general, una puesta en relación de la función ético-social y de los autores citados: GALLAS, H. MAYER y WELZEL, además de DAHM y SCHAFSTEIN, con el nacionalsocialismo puede verse en MÜLLER-TUCKWELD. *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.

<sup>99</sup> Cfr. WELZEL. *Über den substantiellen Begriff*, p. 228; H. MAYER. *SLR*, p. 9.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 4.

Derecho, desde donde habrá de valorarse la conducta. En palabras de GALLAS, "para la valoración jurídico-penal sólo tienen relevancia los intereses de la comunidad. Ya que, frente a la oposición liberal entre el individuo y la colectividad (Estado), en la idea de la *Volksgemeinschaft* como una unidad orgánica abarcadora de sus miembros no hay ya, por un lado, intereses 'privados', y, por otro lado, la protección del individuo se realiza desde su pertenencia a la comunidad"<sup>101</sup>.

Dicha equiparación del Estado con la comunidad ética, del Derecho con la moral colectiva, ha producido sus frutos en los ámbitos más relevantes del Derecho penal: el delito es concebido como lesión de deber, ya como *infidelidad* frente a los valores de la comunidad, ya —en forma menos politizada— como quebrantamiento de los valores de la actitud<sup>102</sup>; la culpabilidad es concebida como reproche basado en la infidelidad a la moral colectiva o al Estado. Y es en esta o similar concepción de la sociedad y el Estado donde puede hallarse el origen filosófico-político de la función ético-social del Derecho penal: la conformación de la conciencia moral de los individuos aparecería así plenamente justificada, ya que las convicciones éticas individuales no pueden entenderse desvinculadas de las convicciones morales del grupo, de la comunidad, sino que, por el contrario, "la comunidad es el fundamento esencial para la conversión en persona de los individuos"<sup>103</sup>. Por ello, el fin del Derecho penal no será, en primer lugar, la protección de los intereses individuales, de los bienes jurídicos, sino ejercitar en las conciencias individuales la identidad moral de la comuni-

<sup>101</sup> GALLAS, en *Cleispach-FS*, pp. 62 y 63.

<sup>102</sup> Cfr., en este sentido, AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 218, respecto del pensamiento nacionalsocialista de la comunidad y la fidelidad a la misma.

<sup>103</sup> H. MAYER. *SIR*, p. 9. Sobre las bases de la "etización" del Derecho penal en la ideología de los años 30, cfr., entre otros, AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 218; MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.

dad, la cual —dada la línea de continuidad entre la comunidad y el Estado— se presupone manifestada en las normas jurídicas. Y por ello, lo que se exige a los miembros de la comunidad no es, en primer lugar, la evitación de acciones dirigidas a lesionar los intereses de otros individuos, sino que el deber de rango superior será la *fidelidad* a las convicciones de la comunidad: al Derecho; en palabras de HEGEL, el "supremo deber" de "ser miembro del Estado". Según lo expresa el hegeliano H. MAYER, "al ser el pueblo una totalidad, una concreta realidad espiritual, radica en ello un valor al que debe servirse independientemente de la felicidad que ello pudiera conllevar para el individuo o la suma de los individuos [...] Por tanto, no puede concebirse el Derecho penal como instrumento protector de los intereses individuales"<sup>104</sup>, sino que su función será la de "conformar y fortalecer el orden moral del pueblo"<sup>105</sup>. Y por ello, el delito no será, en primer lugar, desvalor del resultado, lesión de un bien jurídico, sino desvalor del acto, lesión de deber.

Sin duda, la trayectoria teórica de WELZEL —y la de GALLAS, posteriormente— recorrió sendas independientes de las seguidas por los penalistas de corte nacionalsocialista, lo que quedó fielmente plasmado en su gran construcción sistemática; sin duda, algunas de sus concepciones esenciales —por ejemplo, el concepto de bien jurídico por él empleado— pueden bien ser defendidas desde premisas liberales; sin duda, WELZEL no erigió como misión inmediata del Derecho penal el mantenimiento de la identidad de la comunidad, sino que asumió su fin de protección de los valores de la actitud jurídica como un fin vinculado a la protección de bienes jurídicos —si bien, como puede desprenderse tanto de sus declaraciones programáticas al respecto como de su sistema del

<sup>104</sup> H. MAYER. *SIR*, p. 9.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 4.

delito, ocupando este último fin un rango axiológico inferior—; sin pretender negar todo ello, lo único que aquí intenta resaltarse es una hipótesis respecto de la *razón de ser originaria* del fin ético-social que el penalista alemán atribuye al Derecho penal: dicho fin, en mi opinión, es heredero del estatismo ético hegeliano, de la comprensión “comunitarista” de lo social y de la confusión de Derecho y moral que se da en dicha comprensión ética del Estado.

Antes de concluir, conviene incluir en la exposición todavía una postura doctrinal respecto del fundamento del Derecho penal, la cual, por ser también claro exponente de dicha concepción comunitarista de lo social, puede engarzarse con las posiciones anteriormente tratadas. Es la postura mantenida por el juez norteamericano DEVLIN, conocida fuera del ámbito anglosajón especialmente a tenor de las críticas realizadas a la misma por H. L. A. HART, quien ha denominado las argumentaciones del primero como la “tesis de la desintegración”<sup>106</sup>. Según DEVLIN, la moral colectiva es el cemento que da consistencia y cohesionada la comunidad; integrados en torno a unas convicciones comunes, los individuos de una comunidad se identifican como miembros de la misma y orientan su conducta a partir de dicha identidad. El conjunto de convicciones y valores compartidos no es, así, un mero elemento accidental de una sociedad, sino su base estructural esencial, sin la cual la sociedad no estaría en disposición de perpetuar su existencia colectiva<sup>107</sup>. Por ello, acciones que manifiesten una desviación de los valores socialmente compartidos

<sup>106</sup> Cfr. HART. *The enforcement of morality*, pp. 31 y ss.; id. *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 87 y ss. La muy citada polémica entre DEVLIN y HART aparece expuesta, entre otros muchos lugares, en NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 424 y ss.; VOSS. *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 107 y 108, quien engloba a este autor junto con WELZEL, MAYER o DURKHEIM dentro de las teorías de “fuerza configuradora de las costumbres” del Derecho penal; WOLF. *Verhütung*, pp. 34 y ss.; LAPORTA. *Entre el Derecho y la moral*, pp. 48 y ss.; DWORKIN. *Los derechos en serio*, pp. 250 y ss.

<sup>107</sup> Cfr. HART. *The enforcement of morality*, p. 37; LAPORTA. *Entre el Derecho y la moral*, p. 49.

conllevan la semilla de la desintegración de la sociedad, ya que corren el riesgo de poner en duda esos valores y debilitar, con ello, la identidad de la comunidad. Dado que—en clara reminiscencia hegeliana—el Estado encarna el espíritu de la comunidad, acciones inmorales para la comunidad— la homosexualidad, por ejemplo, según la moral cristiana que impera, a juicio de DEVLIN, en las sociedades occidentales— son equiparadas a actos de sedición a la nación, a la comunidad. Al igual que las tendencias acabadas de ver, todo delito es concebido como un acto de infidelidad hacia esa moral colectiva. Frente a esas acciones, la sociedad tiene derecho a defenderse, afirma DEVLIN, y el Derecho penal es el medio que ha de activarse para ello. Éste adquiere, entonces, la finalidad de mantener e imponer la moral que rige en la sociedad, castigando las conductas infieles a la misma<sup>108</sup>.

Como destaca WOLF, las consideraciones de DEVLIN vienen amparadas en “los ideales comunitaristas”<sup>109</sup>, de igual forma, por ello, que el resto de los autores analizados hasta ahora. No obstante, podría destacarse una diferencia entre la posición de este autor y las derivadas de HEGEL, que consistiría en que, mientras en DEVLIN la moral de una comunidad es asumida sin ambages como la moral dominante, la cual es preciso proteger y mantener independientemente de la corrección intrínseca de sus valores, en los hegelianos, dado el carácter metafísico del Espíritu objetivo, la moral de la comunidad, siendo igualmente la fácticamente dada, es, *per se*, la moral “verdadera” y “correcta”<sup>110</sup>. Por ello afirmábamos que dicha

<sup>108</sup> HART. *The enforcement of morality*, p. 38; VOSS. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 107.

<sup>109</sup> WOLF. *Verhütung*, p. 35.

<sup>110</sup> La diferenciación entre moral dominante y moral verdadera es expuesta por WOLF. *Verhütung*, pp. 30 y ss., si bien sin citar expresamente a HEGEL. La elevación al rango de lo verdadero o lo absoluto de los valores de una determinada cultura aparece, por ejemplo, en WELZEL. *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 57. Cfr., en este sentido, cfr. MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 34, quien sostiene que la vinculación directa del Derecho con un orden de valores previamente dado, propia de los años 30 y de la concepción de WELZEL, remite a una visión sustancialista del Estado y la sociedad. Cfr. también la crítica a WELZEL.

concepción permite una justificación interna valorativa, es decir, basada en sus propios presupuestos políticos, que trasciende la mera comprensión funcional del Derecho: siendo el Estado "lo racional en sí y por sí"<sup>111</sup>, manifestación del Espíritu objetivo, las normas jurídicas adquirirán, por el mero hecho de ser la emanación de la eticidad, una justificación *a priori*<sup>112</sup>. En este sentido, FERRAJOLI califica la concepción idealista de HEGEL como un modelo de "formalismo ético", según el cual se asumen "el Derecho y el Estado como valores éticos en sí, independiente de sus bases utilitaristas y de su función de tutela respecto a los ciudadanos"<sup>113</sup>. Y por ello, y por el hecho de que la comunidad ética es valorativamente más valiosa que la autonomía moral de los individuos, la internalización de los valores en los ciudadanos se verá también legitimada, ya que la persona sólo es concebida como miembro de la comunidad, es decir, conformada su conciencia ética en armonía con la conciencia ética de la comunidad. Otra diferencia entre DEVLIN y la corriente hegeliana del fin ético-social es que el primero dirige su atención

---

de AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 225, resaltando la contradicción existente entre la afirmación de WELZEL de que los valores de una comunidad no son algo estático, sino que dependen de la evolución histórica y que, al mismo tiempo, esos valores, por pertenecer a la comunidad concreta, obtienen el carácter de absolutos. Contradicción porque "si la cultura debe desarrollarse, ello sólo puede ocurrir por medio de la puesta en duda de sus valores. ¿Pero cómo podría ocurrir eso respecto de valoraciones que ostentan una pretensión de ser absolutos (*Absolutheit*)?". Una crítica similar, respecto de la fundamentación hegeliana de los valores se encuentra, por ejemplo, en CORTINA. *Ética sin moral*, pp. 150 y 151.

<sup>111</sup> Cfr. la crítica que realiza FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 245, nota 39, a la concepción de HEGEL, afirmando que en la idea de que "lo real es racional y lo racional es real" se da una falacia naturalista, consistente en derivar el deber ser del ser: en nuestro ámbito, determinar la corrección de los valores (lo racional, el deber ser) del mero hecho de su concurrencia en una sociedad concreta (lo real, el ser). En un sentido similar, CORTINA. *Ética sin moral*, pp. 132 y 133, quien afirma que característico de la eticidad hegeliana es la legitimación *a posteriori* de lo dado.

<sup>112</sup> Sobre ello, cfr. brevemente AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 224 y 225, quien menciona los intentos de los hegelianos de establecer una diferenciación entre la "mera opinión colectiva" y el "auténtico espíritu del pueblo" (LARENZ), para afirmar que no existe ningún criterio racional de diferenciación entre ambos.

<sup>113</sup> FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 230.

más hacia la cuestión de qué conductas deben ser criminalizadas que hacia el fin concreto de la pena. No obstante, y más allá de estas cuestiones, ambas posturas coinciden en el "objeto" primordial a proteger: no, o no sólo, los intereses de los ciudadanos, sino la cohesión del orden social basada en las convicciones valorativas coyunturalmente dadas.

## 2. El fin de integración social

Desde esta segunda concepción de la prevención general positiva la pena abarca un complejo de fines interrelacionados, caracterizados por operar no apelando a la razón de los ciudadanos sino esencialmente en un plano subconsciente. El fin de la pena es el de estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito. Ello se produce por medio de la satisfacción de los instintos de agresión y venganza generados en la colectividad como consecuencia de la acción delictiva. Desde premisas teóricas de la psicología profunda, se afirma que el quebrantamiento del tabú institucionalizado en la norma por el delincuente conlleva un riesgo de "infección", ya que la colectividad tenderá a imitar el mal ejemplo del delincuente y dejar que sus impulsos inconscientes y agresivos se manifiesten<sup>114</sup>. Ello genera, motivado por el sentimiento de culpabilidad producido por la pulsión violenta del inconsciente, una tendencia al autocastigo<sup>115</sup>; el cual, proyectado en el chivo expiatorio, se sublima con la imposición del castigo al delincuente. La pena sirve, así, al fin de satisfacción de dichos instintos colectivos de venganza restableciendo el equilibrio afectivo y restituyendo la vigencia del tabú, fortaleciendo con ello el super-yo formado por la in-

---

<sup>114</sup> STRENG, en *zstw* 92, 1980, pp. 642 y 643; sobre ello también HAUFER. *Tiefenpsychologie*, pp. 87 y ss.

<sup>115</sup> STRENG, en *zstw* 92, 1980, pp. 643 y 644.

ternalización de los valores inscritos en las mismas<sup>116</sup>. El castigo sobre el delincuente conlleva, además, un fundamental mecanismo de integración: con la satisfacción producida por el castigo y por medio de la exclusión y estigmatización simbólica de aquél, el grupo reafirma y refuerza sus lazos morales y afectivos, cohesionando sus vínculos. "La exigencia de punición del delincuente debe poner frente a todos de manifiesto, que las normas son respetadas y por ello -y a diferencia del 'delincuente'- la colectividad se aparta de los hechos penales; de este modo viene a resaltarse que se pertenece a la gran comunidad de los 'justos'"<sup>117</sup>.

La prevención de integración es también mantenida como fin esencial de la pena por otros autores que, no obstante otorgar menor relevancia al bagaje teórico de la psicología profunda, operan con similares medios para ello y llegan, por ende, a similares conclusiones<sup>118</sup>. Para MÜLLER-DIETZ, quien vincula el fin de integración con el de la "defensa del ordenamiento jurídico", misión de la pena es la de "mostrar ante la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico [...] y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica"<sup>119</sup>; en parecido sentido, se muestra ROXIN partidario de un fin de "'satisfacción del sentimiento jurídico' [...] y con ello del restablecimiento de la paz jurídica quebrantada por el delito"<sup>120</sup>.

Desde esta perspectiva -especialmente la basada en principios de psicología profunda-, se afirma, en forma similar a las tesis de

<sup>116</sup> STRENG, en *Zstw* 92, 1980, pp. 643 a 645. Sobre el mecanismo del chivo expiatorio y su aplicación a las consideraciones sobre la pena pública, cfr. JAGER, *Psychologie des Strafrechts*, pp. 109 y ss.

<sup>117</sup> STRENG, en *Zstw* 92, 1980, p. 646.

<sup>118</sup> En este sentido, LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 152, en relación a la tesis de ROXIN.

<sup>119</sup> MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, pp. 817, 818 y 819.

<sup>120</sup> ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

DURKHEIM, que la génesis y la razón de ser de la pena estatal radica en la formalización organizada y canalizada de los sentimientos de venganza colectivos. La pena -afirma ACHENBACH- "integra la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza en un procedimiento regulado jurídicamente"<sup>121</sup>. El fin de integración abandona el momento preventivo de amenaza de pena, y vincula sus efectos a la imposición de la pena concreta. Consecuentemente, es presentada por sus defensores como una reformulación de la teoría retributiva clásica desde premisas funcionales, como ya habíamos adelantado en la introducción: "las teorías absolutas de la pena -afirma STRENG, desde una interpretación psicologizante de la teoría hegeliana- se revelan como reflejo filosófico de formas elementales y ubicuas de reacción afectiva a quebrantamientos del Derecho"<sup>122</sup>. Retribución es, así, traducido como "necesidad social de retribución". Por ello, pena y culpabilidad se ordenan como un *continuum* funcional, según el que la culpabilidad se convierte en un criterio instrumental en aras del fin de la integración colectiva. El contenido de la culpabilidad parece moldearse en función de dichas necesidades psico-sociales: la idea de lo "justo" parece significar ahora "la medida de necesidad de venganza suficiente para la satisfacción colectiva"<sup>123</sup>. En palabras de ACHENBACH: "únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad como reacción adecuada"<sup>124</sup>. La misma idea es expresada por MÜLLER-DIETZ cuando afirma que "La población debe encontrar 'justa' en el caso concreto la sentencia judicial; es decir, debe ser asumida en consonancia con su sentimiento jurídico"<sup>125</sup>. Por ello, afirma STRENG, "la culpabilidad del

<sup>121</sup> ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140; en el mismo sentido, STRENG, en *Zstw* 92, 1980, p. 650.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 649.

<sup>123</sup> En este sentido, críticamente (si bien el entrecomillado del texto no responde a una cita literal), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 235 y 236.

<sup>124</sup> ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140.

<sup>125</sup> MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, p. 819; cursivas añadidas.

autor se muestra, pues, como un mero reflejo de las necesidades emocionales del juzgador, como el correlato proyectado sobre el autor de las necesidades de pena de los ciudadanos o del juez<sup>126</sup>. La graduación de la pena por la culpabilidad queda entonces definida, en palabras de ROXIN, como la "pena por la culpabilidad que satisface el sentimiento psicológico-social de justicia"<sup>127</sup>.

En suma, según esta comprensión la pena opera como un mecanismo de integración y cohesión afectiva de la comunidad, que se produce a través de satisfacción de deseos irracionales de venganza colectiva por medio del castigo. Es, entonces, la exclusión del "desviado" lo que genera la integración del grupo. Ello parece también desprenderse de la postura de ROXIN, quien refiere la idea de la integración al "efecto de satisfacción que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente para que la conciencia jurídica general se tranquilice respecto del quebrantamiento del Derecho y contemple el conflicto con el autor como resuelto"<sup>128</sup>. Es decir, el delincuente es excluido temporalmente -simbólicamente- de la comunidad de los "justos" -como afirmaba STRENG- hasta que ésta ve satisfecha su necesidad de castigo y, fortalecida su cohesión y vínculos emocionales, le permite "reintegrarse" en su seno. Desde esta perspectiva, la comprensión de lo social que parece subyacer a las teorías de integración remite, al menos tendencialmente, a similares presupuestos socio-políticos que la mantenida por las posiciones incluidas dentro de la función ético-social, los cuales hemos denominado con el término genérico de "comunitaristas". Ello se hace patente si nos acercamos a la concepción de la sociedad y de la pena inherente a un sector del funcionalismo sociológico, en cuyos planteamientos pueden

126 STRENG, en *zstw* 92, 1980, pp. 656 y 657.

127 ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

128 *Idem*.

rastrear los orígenes teórico-sociales de las teorías de la integración. En el funcionalismo, la sociedad no es asumida, como lo es en el individualismo de raigambre liberal, como la unión de un conjunto de individuos, sino que la misma se contempla como una estructura orgánica, regida por sus propias reglas y, al igual que los organismos individuales, orientada a su propia pervivencia. Así, dentro de la estructura del sistema social, los procesos que tienen lugar son caracterizados bajo el binomio de lo funcional y disfuncional respecto de la estabilidad del sistema, criterio esencial de valoración de los fenómenos sociales. Dicho colectivo orgánico aparece estructurado, en las concepciones de DURKHEIM y TALCOTT PARSONS, en torno a la tradición de valores y convicciones comunes, las cuales aglutinan, de igual forma que el sustancialismo ético hegeliano, la identidad del mismo. A partir de estas premisas, se elevará el Derecho a instrumento, entre otros medios de control y organización social, de socialización e integración del colectivo, operando al fin del mantenimiento de dichos valores en la conciencia de los individuos y manteniendo el clima de identificación y cohesión del colectivo social<sup>129</sup>. Clara muestra

129 En general sobre las críticas vertidas contra el funcionalismo, cfr. H.-J. OTTO, *Generalprävention*, pp. 30 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 50 y ss. Cfr., además, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 54 y 55: "En el análisis funcionalista-sistémico el Derecho se entiende opuesto al individuo; no es 'su' Derecho, sino el Derecho del sistema. Su función consiste en el establecimiento de un funcionamiento lo más libre de conflictos, lo más 'armónico' posible; en la creación de una 'cooperación productiva' en la cual el individuo participa indirectamente como 'parte del sistema'; por ello mismo los intereses del individuo serán también sólo indirectamente garantizados". AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 362; NEUMANN y SCHMIDT, *Neuere Theorien*, p. 111: "Hablar de la funcionalidad de un fenómeno social presupone veladamente una estructura homogénea de la sociedad, una concordancia entre los intereses de los distintos grupos"; LÖBESSEN, en *zstw* 107, 1995, pp. 883 y 884. Respecto al funcionalismo de DURKHEIM, cfr. por ejemplo, las críticas en la misma dirección de WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, pp. 249 a 255. En cualquier caso, debe resaltarse que no todo el funcionalismo deriva consecuencias para el Derecho de esos procesos de socialización y cohesión en torno a valores y tradiciones. Así, LUHMANN, a diferencia de DURKHEIM, parte de una rígida separación entre Derecho y moral (cfr. *infra* capítulo segundo, t. C, 4); hasta el punto que su metodología positivista prescinde de toda referencia de legitimación ético-normativa externa al Derecho

de esa concepción de lo social y del Derecho es la posición de DURKHEIM, en el modelo de lo social donde opera el Derecho penal<sup>130</sup>.

Para DURKHEIM, la pena sirve al restablecimiento de la "conciencia colectiva". Ésta es definida como el conjunto de valores, creencias y afectos que aglutinan la identidad de la comunidad, la cual es aprehendida como un todo orgánico independiente y previo a los individuos que la conforman<sup>131</sup>. Con la imposición de la pena, comprendida como "reacción pasional"<sup>132</sup>, los instintos irracionales de venganza —la "cólera pública", en expresión de este autor— son sublimados y canalizados, restableciendo el clima de "solidaridad social": integración, anterior al delito<sup>133</sup>. Al igual que los autores

positivo (cfr. críticamente HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 110 y ss., 114 y 115; GARCÍA AMADO, en *AFD* 1986, pp. 174 y ss.).

<sup>130</sup> DURKHEIM, en su obra *La división del trabajo social*, pássim, establece dos modelos de sociedad. El primero está basado en la "solidaridad mecánica", según la cual la unión social viene establecida a partir de la identificación de sus miembros en torno a valores y afectos comunes. Es en este modelo donde el Derecho represivo —penal— operará como factor de integración, manteniendo y reforzando la "conciencia colectiva" (cfr. a continuación en el texto). El segundo modelo es el basado en la "solidaridad orgánica", en el cual no existe esa vinculación fuerte en torno a convicciones y tradiciones, sino que la integración se produce por la distribución organizada del trabajo; por ello, en este modelo predominará el Derecho retributivo —civil—. En suma, toda aplicación del Derecho penal en este autor viene referida al primer modelo, tan similar al de "comunidad" de TONNES y al derivado de la identificación entre moral y comunidad que ya vimos más arriba. Modelo, además, por el que DURKHEIM manifestaba notable predilección política, al igual que TONNES respecto de la "comunidad". En este sentido, cfr. WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 249, quien llega a afirmar que "la finalidad secreta de la sociología de Durkheim es la apología del espíritu de la comunidad", y que, tras la metodología sociológica —basada en la mera contemplación "de los hechos sociales"— se esconde en DURKHEIM una dirección política uniforme y de talante conservador.

<sup>131</sup> DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 94; FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, pp. 293 y ss.; MÖLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 157 y ss.

<sup>132</sup> DURKHEIM, *La división del trabajo social*, pp. 106 y 113; en el mismo sentido, el discípulo de éste, FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, p. 294.

<sup>133</sup> Sobre todo ello, cfr. los estudios sobre la pena y el Derecho en DURKHEIM realizados por GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 109 y ss.; BULLASCH, *Rechtsnorm*, pp. 67 y ss. y pássim; y MÖLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss.

acabados de exponer, para DURKHEIM la noción de venganza ocupa un lugar fundamental en su comprensión del fenómeno punitivo<sup>134</sup>. El sentimiento de venganza y su satisfacción, concebido por DURKHEIM como un mecanismo de defensa de la conciencia colectiva, es lo que socialmente ha venido siendo aprehendido bajo la idea de justicia; en este sentido, "cuando en los tiempos actuales se habla de un castigo justo, se está haciendo referencia en forma sublimada a ese sentimiento ancestral de ira colectiva, con la cual el grupo activa sus mecanismos de reacción y repulsa frente a actos desviados de sus representaciones comunes, reacción pasional que revierte en la cohesión afectiva de la comunidad"<sup>135</sup>.

No otro es el fin de la pena para el sociólogo francés: la sanción pública sirve al fin de "mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de una manera categórica, perdería aquélla necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un relajamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando". La pena es, así, "el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el crimen ha ocasionado a la sociedad"<sup>136</sup>.

Tras contemplar la postura de DURKHEIM, puede afirmarse que el fin esencial que persigue la pena en la concepción de la prevención

<sup>134</sup> Cfr. especialmente MÖLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 164 y ss.

<sup>135</sup> Cfr. sobre ello BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 72.

<sup>136</sup> DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 127. Sobre el fin de la pena en el sociólogo francés puede verse, además de la obra citada en nota anterior, también NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 99 y ss.; MÖLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 164.

de integración es el mismo que persigue la función ético-social: mantenimiento de los vínculos afectivos que fortalecen la identidad social, restablecimiento del "orden moral"<sup>137</sup>. No obstante, debe destacarse una diferencia en ambas teorías, en lo tocante a esos vínculos —y, por tanto, en lo relativo a los medios de integración—. Así, mientras que en la función ético-social el objeto de estabilización es la moral juridificada del colectivo, puesto que se parte de que la identidad viene conformada en torno a los valores morales, con DURKHEIM —y con las teorías basadas en el chivo expiatorio— se destaca, además, el componente de irracionalización: la identidad de la comunidad no viene dada sólo por los valores y convicciones morales, sino asimismo por los afectos y sentimientos inconscientes del colectivo, pretendiéndose así la estabilización de un "clima emotivo"<sup>138</sup> a través de la estigmatización del delincuente, sobre quien se vuelcan los instintos agresivos de venganza, satisfechos mediante la imposición del castigo<sup>139</sup>. En cualquier caso, también en DURKHEIM —al igual que en las versiones actuales de la prevención de integración— el restablecimiento del estado de paz emotiva operará en aras de la internalización de los valores morales plasmados en las normas. En este sentido, WÖSSNER, entre otros autores, ha destacado la importancia que DURKHEIM atribuye a la educación colectiva: "A través de la educación, la cual juega un papel esencial en todo el sistema social, se producirá la subjetivación (internalización) de las normas institucionalizadas. El colectivo, con la ayuda de la educación, vela sobre la inducción de determinadas estructuras de motivación en los individuos inmersos en la sociedad. Y las sanciones, dispuestas contra las conductas desviadas de las representaciones colectivas sirven, al

<sup>137</sup> FAUCONNET. *Verantwortlichkeit*, pp. 294 y 298.

<sup>138</sup> GEPHART. *Strafe und Verbrechen*, p. 125; BULLASCH. *Rechtsnorm*, p. 71.

<sup>139</sup> La acentuación en DURKHEIM de los afectos y emociones irracionales es destacada por GEPHART. *Strafe und Verbrechen*, pp. 39 y 40, 115 y 122; BULLASCH. *Rechtsnorm*, p. 71; MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss., 162 y ss.

modo de una policía moral, a la estabilización del consolidado sistema social"<sup>140</sup>. En suma, la función atribuida a la pena se organiza a partir de las necesidades de venganza que surgen en el colectivo social, con el fin de estabilizar y fortalecer el clima emotivo y moral y mantener, así, la cohesión e integración de la colectividad; por ello, como vimos que ocurría en la actual versión de la prevención de integración, la medida de punición vendrá determinada, no por la gravedad del bien jurídico lesionado, sino por la intensidad de la indignación de la comunidad, determinando una pena que compense tal indignación, en aras de la pacificación colectiva. En este sentido, afirma GEPHART que en DURKHEIM la pena "es retribución. Pero no por la lesión de un bien jurídico, sino por la alteración de sentimientos profundamente enraizados en la vida de la comunidad, cuya estabilidad es la condición de la existencia de la solidaridad social"<sup>141</sup>. Por ello, "el principio de proporcionalidad es establecido a partir de la equivalencia entre la intensidad de la alteración del orden emocional y su reacción restitutiva"<sup>142</sup>.

Dentro de las tendencias sociológico-políticas<sup>143</sup> que comparten dicha comprensión de la sociedad no puede dejar de citarse, antes

<sup>140</sup> WÖSSNER. *Mensch und Gesellschaft*, p. 252.

<sup>141</sup> GEPHART. *Strafe und Verbrechen*, p. 123.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 127; en el mismo sentido, FAUCONNET. *Verantwortlichkeit*, p. 299.

<sup>143</sup> La equiparación argumentativa entre perspectivas sociológicas y políticas podría aparecer como contraria al principio que exige la separación entre el ser, propio del ámbito de la observación sociológica, y el deber ser, propio del ámbito de la decisión en que opera el Derecho. Pero, como ya ha sido mencionado respecto de sociólogos como TÖNNIES o DURKHEIM (una puesta en relación entre ambos puede encontrarse en MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 152 y ss., resaltando el conservadurismo y pesimismo cultural que une a ambos), tras las argumentaciones sociológicas late una tendencia política definida. En cualquier caso, la distinción entre el ser y el deber ser en relación a la introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal es un tema demasiado complejo para poder ser abarcado aquí. Sobre algunos aspectos de esa cuestión, remito a ALCÁZER GUIRAO, en *NDP* 1998, B, pp. 389 y ss. En cualquier caso, en relación a este aspecto metodológico respecto a DURKHEIM, no le falta razón a MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 146, cuando

de concluir, a TALCOTT PARSONS. Este autor continúa la senda iniciada por DURKHEIM, apoyando además sus tesis en las investigaciones de psicología profunda realizadas por FREUD, con las cuales, si bien eran desconocidas por DURKHEIM, acaba por llegar a idénticas conclusiones que éste<sup>144</sup>. Para el sociólogo norteamericano —cuya posición es, al igual que la de DURKHEIM, incluida por HART en la “tesis de la desintegración” con que define la de DEVLIN<sup>145</sup>—, la esencia de la integración social yace en la identificación interna en torno a valores morales<sup>146</sup>. Y como vehículo dirigido a mantener dicha integridad, el Derecho se erige en factor esencial de socialización, por medio de cuyas normas se internalizan los valores que rigen en la sociedad, conformando el super-yo de los ciudadanos con los valores compartidos y cohesionando así una “comunidad ética”, sin la cual resultaría inviable la pervivencia de la sociedad<sup>147</sup>. En resumen, misión de la pena y del Derecho punitivo no es la protección de los intereses de los ciudadanos (bienes jurídicos) por medio de la evitación de conductas —eso es comprendido por estos autores sólo como un efecto secundario producido por la internalización de valores<sup>148</sup>—, sino el fortalecimiento de los lazos que aúnan la identidad de la comunidad.

---

afirma que “DURKHEIM no es un sociólogo del Derecho, sino un teórico moral y, en cierto sentido, también un moralista”.

<sup>144</sup> Así, H.-J. OTTO. *Generalprävention*, p. 24. Respecto de la relación entre las tesis de FREUD y DURKHEIM, cfr. p. 172, citando a TALCOTT PARSONS: “Este hecho de la internalización de valores fue descubierto, de forma independiente entre sí y de sus diferentes perspectivas, por FREUD en su teoría del super-yo y por DURKHEIM en su teoría de la institucionalización de las normas morales. El hecho de que ambos pensadores, partiendo de premisas diversas, hayan llegado a la misma conclusión, crea un punto de inflexión en la evolución de la ciencia social moderna”.

<sup>145</sup> HART. *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 91 y 94.

<sup>146</sup> Como afirma HORMAZÁBAL. *Bien jurídico*, pp. 98 y 99, citando a GOULDNER: “para TALCOTT PARSONS, el mundo social es antes que nada un mundo moral, y la realidad social, una realidad moral [...] (por ello) el orden es definido desde la adhesión al código moral”.

<sup>147</sup> Cfr., sobre la posición de T. PARSONS, H.-J. OTTO. *Generalprävention*, pp. 17 y ss., 170 y ss.; SCHLESKY. *Systemfunktionaler*, pp. 52 y ss.

<sup>148</sup> Así, CEPHART. *Strafe und Verbrechen*, p. 129, en relación a DURKHEIM.

Pero la comprensión de la pena como retribución basada en la canalización de la venganza colectiva no puede atribuirse sólo a las concepciones funcionalistas, sino que, más allá de éstas, parece formar parte esencial de la comprensión del *ius puniendi* de las concepciones “comunitaristas” de la sociedad. Como ejemplo, puede traerse a colación la postura mantenida por el juez victoriano STEPHEN. Dando lugar a un destacable paralelismo histórico, la polémica entre el liberal HART y el comunitarista DEVLIN había sido planteada ya, casi cien años antes y en términos prácticamente idénticos, entre el juez STEPHEN y STUART MILL<sup>149</sup>. La concepción liberal de éste, centrada en la separación del Derecho penal de las convicciones sociales en materia de moral y en la limitación de aquél a las acciones que causaran daño a otros individuos, con el fin de servir de instrumento social dirigido a proteger la libertad de los ciudadanos<sup>150</sup>, es duramente criticada por STEPHEN<sup>151</sup>. Para el juez inglés el sentido del Derecho penal no puede encontrarse en la protección de libertad individual, sino, de forma similar a DEVLIN, en la supresión del vicio y la promoción de la virtud colectiva. Por ello, la pena tiene el fin fundamental de expresar la indignación moral y el reproche despertado en la comunidad hacia quien se desvía de sus valores. En palabras de BETEGÓN, incluyendo citas textuales del propio STEPHEN, para éste “los delitos comunes [...] si son prohibidos o merecedores de castigo, no lo son sólo por preservar a la sociedad del peligro que representan, sino también para gratificar el sentimiento de odio —llámese venganza, resentimiento o como se quiera— que la contemplación

---

<sup>149</sup> Referencias a esta discusión en NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, p. 423; o en BETEGÓN. *La justificación del castigo*, pp. 302 y ss., entre otros. La similitud y hasta identidad de las consideraciones de STEPHEN y las de DEVLIN es resaltada por HART. *Law, Liberty and Morality*, p. 16; y por NINO. *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 271.

<sup>150</sup> Expuestas en su famosa obra *Sobre la libertad* (1859), pássim.

<sup>151</sup> En su obra, concebida como respuesta a la obra de S. MILL. *Liberty, Equality, Fraternity* (1873).

de tal conducta provoca en las mentes sanamente constituidas'; de esa presunta verdad deduce STEPHEN que el Derecho penal representa 'la afirmación enfática del principio acerca de que el sentimiento de odio y el deseo de venganza son elementos importantes de la naturaleza humana y que deben, en tales casos, ser satisfechos de manera pública y regular'<sup>152</sup>.

Aun a riesgo de abundar demasiado en la exposición de ejemplos, merece destacarse, en último lugar, la reciente concepción del autor norteamericano OLDENQUIST, por cuanto viene a poner claramente de manifiesto la vinculación existente entre las tesis comunitaristas y la retribución como "teoría expresiva" de la pena basada en el reproche moral y vindicativo, orientada al fin último de autoafirmación de los valores de la comunidad. La idea de "comunidad", al igual que para autores ya citados, implica para este autor una asociación en la cual sus miembros, dada una identificación "fuerte" en torno a valores y convicciones, internalizan un sentimiento de pertenencia y dependencia mutua, lo que conlleva la asunción de un deber de lealtad y fidelidad a la misma. Ello es así porque la "comunidad orgánica" es sentida por sus miembros como un valor en sí mismo, si bien un valor no instrumental, sino como "un bien común que trasciende la noción de una mera asociación de intereses", desde el cual se conformará la identidad moral y deberes de aquéllos<sup>153</sup>: "Una comunidad ética es una intrincada red de expectativas y deberes sentidos"<sup>154</sup>. Esa sensación de pertenencia y de lealtad a la comunidad implica, afirma OLDENQUIST, que "sus miembros [...] tienden a sentirse orgullosos cuando su comunidad prospera, avergonzados cuando es menospreciada, e indignados cuando es lesionada"<sup>155</sup>, lesión

<sup>152</sup> BETEGÓN. *La justificación del castigo*, pp. 302 y 303.

<sup>153</sup> OLDENQUIST. *Retributive Justice and Community*, pp. 132 y 133.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 143.

que se produce cuando sus valores, mediante acciones delictivas, son seriamente quebrantados. Dicha lesión, al igual que afirmaba DEVLIN, "conlleva un sentimiento de traición entre los miembros rectos de la comunidad"<sup>156</sup>. Y fin de la pena y del Derecho penal es *restablecer* esa sensación de pertenencia e identidad quebrantada a través de la imposición de un castigo al "traidor", el cual sirve como medio de expresión de la indignación colectiva y por el que la comunidad se reafirma en sus valores. Así, afirma este autor que la raíz de la justicia retributiva es la venganza, la cual pasa a convertirse en una "categoría moral [...] sólo cuando es la expresión de una comunidad ética, haciéndose depender de las convicciones esenciales de la comunidad ética al mismo tiempo que, parcialmente, la define"<sup>157</sup>. Con la imposición del castigo la colectividad expresa su indignación y reproche moral a quien ha quebrantado los valores compartidos; y es del grado de esa indignación y de la demanda de retribución de donde habrá que determinarse la medida del castigo, indignación que dependerá "de la atrocidad del acto y del grado en que el delincuente es asumido como uno de los nuestros, con un bien común compartido"<sup>158</sup>. Con la imposición organizada y pública del castigo, en acto ceremonial y simbólico, por un juez de la comunidad, "no es un individuo sino el pueblo, el colectivo, quien se expresa. Es la tribu de la persona, una colectividad de la cual lo individual adquiere su sentido de identidad y del cual es dependiente"<sup>159</sup>. "El castigo a los criminales es un ritual por medio del cual una comunidad ética [...] afirma su confianza y la importancia de sus valores, y con ello su viabilidad como comunidad ética", concluye OLDENQUIST<sup>160</sup>.

<sup>155</sup> *Ibid.*, pp. 132 y 133.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>157</sup> *Ibid.*, pp. 134 y 135.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

El cúmulo de ejemplos citados dan, a mi modo de ver, una imagen fidedigna acerca de la comprensión del Derecho penal en las concepciones comunitaristas. Respecto a este epígrafe puede concluirse que si, como se ha afirmado, similar es el fin de la pena en la prevención de integración y en el fin ético-social (genéricamente: estabilización de un clima moral y afectivo con el fin de cohesionar la identidad del colectivo) ello es debido a la similar concepción de la configuración social y política en los orígenes de ambas teorías. El Espíritu objetivo hegeliano, que aún en su ser las voluntades individuales, es trasunto de la "conciencia colectiva" de DURKHEIM<sup>161</sup>, la cual es expresión de una "unidad supraindividual, una sociedad orgánica" en la que "el individuo, de igual forma que el órgano individual en el organismo, viene determinado a partir de su función para el todo"<sup>162</sup>. También en él la subjetividad de los individuos vendrá determinada por la del todo social<sup>163</sup>. Y también en él, en palabras de WÖSSNER, "la moral y la sociedad se identifican mutuamente"<sup>164</sup>, por lo que fin del Estado, como vehículo y expresión de las convicciones colectivas, será "la inducción de la moral comunitaria en el individuo"<sup>165</sup>.

### 3. La protección de la vigencia de la norma

Como acaba de ponerse de manifiesto, el fin que las anteriores teorías persiguen va dirigido al restablecimiento de un *statu quo* que ha sido quebrantado por el delito. Y dicho *statu quo*, dicho estado anterior a la irrupción del delito, consiste en la especial vinculación moral y afectiva que une y cohesionan al grupo social, a la comunidad, la cual corre el riesgo de quebrarse si los valores comunitarios

son puestos seriamente en duda por la acción del delincuente. Sin duda, el restablecimiento de dichos valores y la restitución de la identidad moral, ya por medio de la afirmación simbólica de los mismos y de su internalización, ya por medio de la satisfacción de la indignación y sentimientos de venganza por medio de la pena, opera asimismo en relación a la evitación de acciones lesivas para los intereses de los miembros del colectivo social, pero, como doctrinas comunitaristas, el Derecho penal se erige, antes que como instrumento al servicio de los intereses individuales (propio de las doctrinas liberales), como factor socializador y organizatorio, destinado a proteger, por decirlo así, el *todo*, el organismo social que aglutina y al tiempo trasciende valorativamente a sus individuos. Lo protegido es, en suma, la identidad o el orden valorativo, conformado éste esencialmente a partir de la internalización de los valores jurídico-penales incardinados en las normas, los cuales ostentan una justificación apriorística, en tanto elementos que dan identidad a la comunidad.

El modelo de prevención general positiva basado en la protección de la expectativa normativa —o de la vigencia de la norma— del que ahora paso a ocuparme presenta ciertas similitudes con los anteriores, si bien asimismo notables diferencias. Desde el punto de vista de su ascendencia reciente —ascendencia que, como veremos, puede remontarse a momentos históricos más alejados—, sabido es que dicho fin de la sanción pública es introducido por JAKOBS en la teoría sobre la pena a partir de la concepción sociológica de LUHMANN. La concepción sistémica de lo social mantenida por este autor parece auspiciar, al igual que las anteriores teorías, una visión organicista u holista, como numerosos críticos han resaltado<sup>166</sup>. Asimismo, la exclusión del individuo del sistema social y su situación como

<sup>161</sup> En este sentido, WÖSSNER. *Mensch und Gesellschaft*, p. 251.

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 250 y 251.

<sup>163</sup> BULLASCH. *Rechtsnorm*, p. 41.

<sup>164</sup> WÖSSNER. *Mensch und Gesellschaft*, p. 242.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>166</sup> Entre otros, SCHELSKY. *Systemfunktionaler*, pp. 39 y ss.; NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 111; LÖBBERSEN, en *ZStW* 107, 1995, pp. 883 y 884; LÓPEZ CALERA. *Funciones del Derecho*, p. 426.

sistema psicofísico autónomo, en el entorno de aquél<sup>167</sup>, es objeto de una encendida polémica acerca del abandono de los intereses del sujeto en aras de las necesidades funcionales del sistema social<sup>168</sup>. Por último, como teoría funcionalista, se asume como hecho que la función de todo sistema —y por ello la orientación de las comunicaciones y decisiones tomadas autorreferencialmente en el seno del mismo— radica en su propio mantenimiento y pervivencia<sup>169</sup>, lo que lleva a sus críticos a calificar dicha concepción de lo social como una teoría conservadora, dirigida a mantener el *statu quo*, y tendente al inmovilismo, a negar los conflictos sociales y a impedir el cambio<sup>170</sup>. Las tres características citadas —tendencia al organicismo, supeditación del individuo frente al sistema y fin de pervivencia del sistema— parecen asimilar la concepción luhmaniana al núcleo del pensamiento político comunitarista.

Las similitudes también son patentes en el ámbito de la teoría jurídica del delito y de la pena. Desde esta perspectiva sistémico-funcionalista, el delito no es concebido como la lesión de un interés individual, de un bien jurídico, sino que la comprensión de su lesividad viene presidida por una perspectiva social: la acción es merecedora de pena porque quebranta la norma y pone en duda su vigencia en la sociedad; lo protegido es, así, la vigencia de determinadas expectativas de conductas establecidas en las normas jurídi-

<sup>167</sup> Así, en la teoría de sistemas de LUHMANN. Cfr. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 346 y ss.; *Id.* *Rechtssoziologie*, p. 134: "hombre y sociedad son para cada cual entorno". Cfr. Sobre ello, además, AMELING, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss., 388 y ss.; VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 93, nota 18.

<sup>168</sup> Cfr., entre otros, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; BARATTA, en *CFC* 1984, p. 550; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 51.

<sup>169</sup> Cfr. AMELING, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss.; BOCK, en *ZStW* 103, 1991, p. 648; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*, p. 462.

<sup>170</sup> Cfr., entre otros, NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 123; la potencialidad crítica de las teorías funcionales es sorprendentemente ínfima; DE TOLDO, *Sobre el concepto*, p. 345; BARATTA, en *CFC* 1984, p. 550; KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 27; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50.

cas, y no los bienes jurídicos. Consecuentemente, la pena no sirve al fin de prevención de lesiones a bienes jurídicos, sino que su misión radica, atendándose esencialmente a la pena impuesta, en el mantenimiento de la estabilidad normativa del Derecho. También consiste, por tanto, en el restablecimiento del *statu quo* anterior al delito.

Dejando aparte, por el momento, esta serie de críticas, aquí habré de limitarme exclusivamente al estudio del fin de la sanción en la teoría luhmaniana, cuya legitimidad como fin no tiene por qué depender de la legitimidad de otros aspectos de su concepción, como, por ejemplo, la relación individuo-sociedad en el ámbito de la distribución de la pena (relación prevención-garantías). Lo mismo puede decirse de la concepción de JAKOBS, sobre cuya comprensión de la culpabilidad nos ocuparemos, brevemente, en un epígrafe posterior.

Como introducción a la teoría de la protección de la expectativa normativa conviene resaltar desde ahora una diferencia sustancial que distingue la posición de LUHMANN frente a las anteriores concepciones de la prevención general positiva, y que permitirá desvincular su concepción del sostén filosófico-político de éstas. Ésta radica en que la comprensión luhmaniana del Derecho parte, a diferencia de aquéllas, de una estricta separación del Derecho y la moral. Según el sociólogo alemán, el Derecho en las sociedades complejas e industrializadas, como sistema autónomo, opera y se reproduce con sus propios criterios, los cuales se diferencian de los propios del sistema de la moral. La moralización de las pautas de creación y estabilización del sistema jurídico llevaría a una confusión de planos comunicativos y de funciones sociales, afirma este autor<sup>171</sup>. Desde esta premisa, puede ciertamente establecerse una

<sup>171</sup> Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 223 y 224. Sobre la diferenciación entre sociedades arcaicas y complejas, en lo tocante a las relaciones moral y Derecho, cfr., en la misma obra, p. 91.

diferenciación respecto de las anteriores teorías y, por ello, de la comprensión del Derecho en el funcionalismo de DURKHEIM y de TALCOTT PARSONS<sup>172</sup>; afirma por ejemplo LUHMANN que "con una separación estricta entre Derecho y moral el Derecho se distancia de la función de un regulador de las conciencias en el sentido de un aseguramiento de la propia identidad normativa de una personalidad individual". En las sociedades actuales, "la conciencia no puede ya ser el lugar donde el Derecho superior se promulga, sino que debe ser protegida frente al Derecho"<sup>173</sup>. La reminiscencia liberal de la anterior declaración se ve confirmada cuando afirma que "el criterio del Derecho no puede adoptar ya la forma de un fin moral de justicia como algo [...] individualmente deseable. La separación entre Derecho y moral se convierte en una condición de la libertad"<sup>174</sup>. Esto es lo que le lleva a rechazar toda función educativa, socializadora o moralizante como función del Derecho<sup>175</sup>.

Pero, además de la renuncia a dichos fines, que podemos denominar comunitaristas, LUHMANN parte también del rechazo a todo fin directivo de conductas. Ante la opción entre el fin de *Verhaltenssteuerung* o el de *Erwartungssicherung*, si bien admitiendo la complementariedad de ambos, LUHMANN reduce a única misión del Derecho –y del Derecho penal, por tanto– la de asegurar las expectativas normativas plasmadas en las normas<sup>176</sup>. En otras palabras, para LUHMANN la norma de conducta carece de una función desti-

<sup>172</sup> La tendencia a un cierto individualismo en el análisis sociológico del Derecho en LUHMANN y su diferencia en este sentido con TALCOTT PARSONS es resaltada por SCHLESKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; también por LÜDDESEN, en *zstw* 107, 1995, p. 891, extendiéndolo a JAKOBS y resaltando, en cualquier caso, cierta incongruencia argumental entre ese individualismo y su concepción general del sistema social como organismo.

<sup>173</sup> LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 224.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 223; cursivas añadidas.

<sup>175</sup> *Ibid.*, pp. 224 y 225.

<sup>176</sup> Cfr. *Id.* *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?*, pp. 73 y ss. (89). Sobre la compatibilidad de ambas, cfr. p. 74.

nada a motivar o dirigir la actuación de los ciudadanos; más en general, las normas penales y la pena no sirven al fin de prevención de conductas futuras, sino únicamente a la expresión institucionalizada (normas) y a la estabilización y reafirmación de la vigencia de la expectativa normativa (sanción)<sup>177</sup>.

Dada la complejidad de la conformación de la realidad, la multiplicidad de factores que operan en el ámbito social y la contingencia de las posibilidades situacionales que pueden presentarse, para que el individuo pueda orientarse en el trato social debe poder establecer una serie de expectativas que aseguren una pauta de confianza en la no producción de determinados sucesos. El establecimiento de dicho marco de expectativas tiende así al fin de seleccionar lo que puede de lo que no puede esperarse y, en suma, de reducir la complejidad, permitiendo al individuo limitar la previsión de acontecimientos y orientarse así en su actividad. Las sociedades actuales, dado el número de actores y el pluralismo valorativo entre ellos, así como la intrincada red de interrelaciones, ofrecen un complejo ámbito de posibilidades de actuación, el cual resulta incontrolable e imprevisible para el individuo, ya que nunca puede saberse con seguridad cómo conformarán su organización el resto de los participantes en el sistema social<sup>178</sup>. Por ello, la orientación en los contactos sociales es sólo factible cuando no ha de tener que contarse a cada momento con cada posible actuación de otro individuo, sino que para ello debe poder confiarse en una serie de expectativas, las cuales impiden que cada contacto social se convierta en un riesgo incalculable y permanente<sup>179</sup>. El orden social se basa, entonces, en un complejo entramado de expectativas y de expectativas de expectativas: todos debemos

<sup>177</sup> Además de la obra citada en la nota anterior, cfr. *Id.* *Rechtssoziologie*, pp. 43 y ss.

<sup>178</sup> *Ibid.*, pp. 31 y ss.; *Id.* *Confianza*, pp. 5 y ss., 39 y ss.

<sup>179</sup> LESCH, *Das Problem*, p. 242.

poder contar con la expectativa de que los demás actuarán de una determinada forma, pero asimismo, y por ello, todos debemos contar con la expectativa de que los demás tienen una determinada expectativa de nuestra actuación<sup>180</sup>. Así, sólo la confianza en dichas expectativas de conducta por parte de *Alter* permite el orden y desarrollo social y, en suma, permite a *Ego* poder orientarse racionalmente en la consecución de sus fines<sup>181</sup>. En cualquier caso, las expectativas están siempre sometidas a su decepción, la cual viene a alterar el orden por ellas generado. Ante esa decepción caben dos formas de respuesta: someterse a esa alteración del orden, aprendiendo de la modificación del mundo y reformando las expectativas en base a esa nueva configuración de la realidad (expectativas cognitivas), o rechazar esa modificación del mundo y aferrarse a la validez de la expectativa originaria (expectativas normativas)<sup>182</sup>. Pero, según lo dicho, sólo el mantenimiento en la seguridad de las expectativas permite la orientación en los contactos sociales: si el individuo tuviera a cada momento que modificar sus expectativas y adecuarlas a la nueva configuración del mundo se movería en el caos y no en el orden. El Derecho sirve así al fin de garantizar dicha seguridad en las expectativas. La institucionalización de las normas jurídico-penales plasma el núcleo de las expectativas esenciales para la convivencia y expresa que los individuos pueden confiar en su vigencia a pesar de su quebrantamiento fáctico: "las normas son expectativas de conducta contrafácticamente garantizadas"<sup>183</sup>. La norma institucionaliza esa expectativa, pero en esta concepción es la sanción la que se erige en mecanismo esencial de resolución del conflicto público que genera el quebrantamiento de la norma<sup>184</sup>: es la sanción la que

180 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 33.

181 *Id.* *Confianza*, p. 40; VEHLING. *Die Abgrenzung*, pp. 92 y 93. Cfr. también MAHOFER. *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 28.

182 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 42; JAKOBS. *AT* 1/4 a 6; MÜSSIG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 91 y ss.

183 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 43.

viene a garantizar la vigencia de la norma, mientras que la norma sólo sirve para la expresión formalizada y simbólica de la expectativa. El delincuente, con su acción, desautoriza la pretensión de vigencia de la norma y "pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación"<sup>185</sup>. La imposición de la pena conlleva un mensaje simbólico contrario al del delito, negando la negación y garantizando socialmente la vigencia de la norma vulnerada. "La misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una contradicción, que tiene lugar a costa del infractor, frente a la puesta en duda de la norma"<sup>186</sup>.

Frente al fin de protección de los bienes jurídicos, la pena y, en general, el Derecho penal<sup>187</sup> persiguen únicamente el fin del mantenimiento de la confianza de los participantes en el tráfico social en que los demás adecuarán su conducta a las pautas establecidas en la norma. En otras palabras, el fin esencial es garantizar al individuo un margen de *seguridad cognitiva*<sup>188</sup> frente a la posibilidad de ataques a sus intereses por parte de otros individuos<sup>189</sup>. En palabras de VEHLING, el Derecho sirve al fin de "allanar los momentos de inseguridad respecto a la conducta de los otros en los contactos sociales a través de un mínimo de orientación jurídica"<sup>190</sup>. Y ello

184 En este o similar sentido, RUDOLPH. *El fin del Derecho penal*, p. 83; LESCH, en JA 1994, p. 598. Sobre el delito como conflicto público, cfr. JAKOBS. *AT* 1/8.

185 *Ibid.*, 1/9.

186 *Ibid.*, 1/11. Cfr. también LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 33; LESCH, en JA 1994, p. 598.

187 La asimilación del fin del Derecho penal al fin de la pena según este modelo es afirmada, por ejemplo, por LESCH. *Das Problem*, p. 249: "la misión del Derecho penal se rige por la función de la pena"; FERRÓ SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 60.

188 En el sentido de ser un efecto psicológico-social susceptible de percepción sensorial. Nada tiene que ver, por tanto, con la noción luhmanniana de la "expectativa cognitiva".

189 Cfr. LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 308: "institucionalización de seguridades". Sobre la identidad entre el concepto de seguridad y el fin de protección de la vigencia de estos autones, cfr. MÜSSIG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 202 y 203.

190 VEHLING. *Die Abgrenzung*, p. 92.

principio que distingue también esta teoría de las comunitaristas, con el único fin de servir a los intereses de los individuos<sup>191</sup>: "Es necesaria la expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podría resultar dañados otros", afirma JAKOBS<sup>192</sup>. La sanción expresa, así, que pueden seguir confiando en que su ámbito de libertad no será vulnerado, lo cual permite el desarrollo y disfrute pacífico de los intereses personales y el desarrollo intersubjetivo de la sociedad. En este sentido, ya VON HUMBOLDT afirmó que "sin seguridad no existe libertad", y que, por ser la primera condición de la segunda, la acción del Estado debía limitarse al mantenimiento de la seguridad<sup>193</sup>.

Dicha teoría de la pena, si bien renuncia formalmente a la prevención de lesiones a bienes jurídicos, es, en cualquier caso, *preventiva*, orientada funcionalmente al futuro. Afirma, así, JAKOBS que el fin por él defendido puede denominarse prevención general positiva: "prevención general, porque pretende dirigirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una *tranquilización* en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser

<sup>191</sup> La noción de confianza y de protección de expectativas va dirigida claramente hacia los intereses individuales. Cfr., por ejemplo, LUHMANN, *Confianza*, p. 40: "Si confío en el hecho de que otros están actuando –o no lo están haciendo– en armonía conmigo, puedo conseguir mis propios intereses más racionalmente". Cfr. asimismo OTTO, en *ZStW* 87, 1975, p. 554, quien desde una perspectiva comunitarista crítica que Luhmann centre la idea de confianza únicamente en el autointerés de seguridad individual. Frente a críticas menos encaminadas, SCHÖNEMANN, en *GA* 1995, p. 218, viene a resaltar que la oposición entre la posición individualista de la Escuela de Frankfurt y la de JAKOBS apenas se diferencia en lo relativo al trato del individuo dentro del sistema social.

<sup>192</sup> JAKOBS, *AT* 1/7. Si bien esa afirmación resulta extraña en la concepción de este autor sobre el fin de la pena, la cual no persigue evitar que se produzcan efectos lesivos sobre terceros, sino sólo generar la confianza de que no se producirán.

<sup>193</sup> VON HUMBOLDT, *Los límites*, pp. 50 y 51.

fortalecida por la pena"<sup>194</sup>. Como vemos, nada tiene que ver esta liberal postura –recuérdese la afirmación de algunos críticos al liberalismo de que los dos supervalores de éste son la libertad y la seguridad– con el *telos* comunitarista de internalizar los valores que subyacen a las normas jurídico-penales<sup>195</sup>. Y debe resaltarse –dada la tendencia, citada en la introducción, a someter todas las versiones de la prevención general positiva a una crítica unitaria– la diferencia entre estabilizar la expectativa normativa y estabilizar los valores incardinados en tales normas, pretendiendo la interiorización en las conciencias individuales. Ciertamente, frente a la protección de bienes jurídicos, ambas concepciones pueden incluirse dentro de lo que hemos llamado "protección del ordenamiento jurídico", en tanto en cuanto el fin es garantizar la vigencia del mismo, es decir, restablecer un previo *statu quo*, pero esa vigencia puede ser externa o interna, basada en la expectativa de la actuación de terceros o basada en la asimilación de los valores por la colectividad, lo que conlleva notables diferencias entre ambas en orden a su legitimación valorativa<sup>196</sup>. Ya vimos la

<sup>194</sup> JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 385. La orientación al futuro de dicha concepción de la prevención es también resaltada por RUDOLPH, *El fin del Derecho penal*, p. 83; MÖSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 142. Asimismo, LUHMANN, *Die Funktion des Rechts*, p. 84. Otra opinión, si bien basada quizá en diferencias sólo terminológicas, en LASCH, en *JA* 1994, p. 598, quien afirma que esta teoría no consiste en un fin preventivo, sino que más bien se trata de una "retribución funcional", la cual oscila entre un fundamento absoluto y uno relativo de la pena, entre una dimensión dialéctica-hegeliana y una práctica-utilitarista. Por todo ello afirma que la denominación de "prevención general positiva" no es afortunada.

<sup>195</sup> Como, por ejemplo, afirma LÜNENSSON, en *ZStW* 107, 1995, p. 883, el fin de garantizar las expectativas va indudablemente dirigido, independientemente de su abstracta formulación, a personas concretas.

<sup>196</sup> Sobre la intermediación de la moral con el Derecho en las teorías de la prevención general positiva puede verse SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 1, quien realiza una comparación entre los tres modelos esenciales de la prevención general positiva (los que hemos establecido en este estudio) a partir de su vinculación con la moral social, ordenándolos en función de su mayor o menor vinculación: el fin ético-social (*MORALE*), para la cual el Derecho conforma la moral; el fin de integración (*ROKIV*), para el cual el Derecho estabiliza la moral social; y el fin de protección de la vigencia fáctica de la norma

estricta separación entre el Derecho y la moral –y entre la función del sistema Derecho y del sistema de la moral en la sociedad– establecida por LUHMANN. Además, los mismos representantes de esta concepción de la pena se esfuerzan por desvincular su posición de otras posturas moralizantes<sup>197</sup>. Así, afirma JAKOBS: “No discuto que también estas sociedades [sc. las sociedades modernas] tienen una necesidad de que se garanticen los valores; la comunicación; esto es, lo que significa la sociedad solamente es posible sobre la base de un consenso valorativo. Lo único que pongo en duda es que sea necesario o razonable cubrir esta necesidad por medio del Derecho *penal*”<sup>198</sup>. En el mismo sentido, SCHUMANN, en su estudio sobre la prevención general positiva, destaca nítidamente dicha diferencia con respecto a las tesis comunitaristas: “En esta concepción se trata únicamente de aspectos cognitivos: debe darse una demostración de la norma, que señale que la norma permanece vigente; no están implicados momentos integrativo-emocionales, del estilo de los que pueden verse en DURKHEIM en relación al acto de punición colectiva”<sup>199</sup>.

La adecuación de esta concepción a los postulados liberales puede también destacarse si atendemos a algunos ascendentes lejanos de esta teoría de la protección de la seguridad. Por un lado, la protección de la seguridad y la tranquilidad mantenida por JAKOBS recuerda enormemente a la concepción de la “paz jurídica” que sostiene VON LISZT: “la paz jurídica es la conciencia de la seguridad

(JAKOBS), según el cual la pena se limita a manifestar que la norma continúa siendo un criterio válido de orientación para la acción.

<sup>197</sup> Cfr. JAKOBS. AT 1/15, nota 16 (cfr. infra en el texto sobre la noción de JAKOBS del “ejercicio en la fidelidad al Derecho”); LESCH, en JA 1994, 518; FERRÓ SÁNCHEZ. *El injusto penal*, pp. 73 y ss.

<sup>198</sup> JAKOBS. *Criminalización*, p. 322.

<sup>199</sup> SCHUMANN. *Positive Generalprävention*, p. 9. La ausencia en JAKOBS de mecanismos emocionales y afectivos de integración, propios de DURKHEIM, es resaltada también por MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 67.

jurídica, la confianza en el poder protector del ordenamiento jurídico”<sup>200</sup>. Pero el fin de mantener la confianza en un estado de seguridad puede rastrearse aun en las primeras definiciones del fin del Estado. Ya en HOBBS se establece que el papel del soberano no es sólo motivar coactivamente a la obediencia, sino asimismo –y recíprocamente– garantizar a los súbditos la seguridad de que se respetarán las condiciones del pacto social, eliminando la “sospecha razonable de que los demás no respetarán el cumplimiento de sus acuerdos”<sup>201</sup>. Indudablemente, la idea de la seguridad está presente en la propia concepción de la génesis del contrato social. Así, afirma BECCARIA que “las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con *seguridad y tranquilidad*”<sup>202</sup>. Como ya mencionamos, en similar sentido se manifestó VON HUMBOLDT en su obra *Los límites de la acción del Estado*, para quien la labor fundamental del Estado era el mantenimiento de la seguridad, la cual era condición de la libertad de los ciudadanos. “La seguridad es –afirmaba– la certeza de la libertad concedida por la ley”<sup>203</sup>. También para BENTHAM, el fin esencial del Derecho es garantizar un ámbito de seguridad, con el que poder desarrollar los intereses de cada uno y fomentar, en última instancia, el bienestar común<sup>204</sup>. No obstante, debe resaltarse que caben matices importantes en relación a lo se conciba como “seguridad”. Así, mientras que en BENTHAM la seguridad va

<sup>200</sup> Citado por WÜRTENBERGER, en *Peters-FS*, p. 215.

<sup>201</sup> Así, TAYLOR. *Possibility of cooperation* (1987), citado por ZIMMERLING, en *Daz* 6 (1989), p. 50 y nota 3. Sobre la concepción contractual del Estado en HOBBS, cfr. KOLLER, en *Weiberger-FS*, pp. 248 y ss.; VALLESPÍN. *Historia de la teoría política*, pp. 273 y ss.

<sup>202</sup> BECCARIA. *De los delitos y las penas*, p. 45; cursivas añadidas.

<sup>203</sup> VON HUMBOLDT. *Los límites*, pp. 111, 50 y 51.

<sup>204</sup> Sobre ello, cfr. MORENO. *La teoría del Derecho en Bentham*, pp. 324 y ss.

referida a la protección material de bienes, dándose dicha protección directamente a partir de la función coactiva empleada sobre los potenciales infractores, en la noción citada de HOBBS, así como en JAKOBS –quien afirma que “el Derecho penal no garantiza la seguridad de bienes, sino la vigencia de la norma”<sup>205</sup>–, la seguridad se asocia a cierto estado cognitivo de tranquilidad y confianza de los ciudadanos, noción más cercana a la concepción subjetiva de paz jurídica de VON LISZT<sup>206</sup> o a la noción expuesta del propio BECCARIA. Una vinculación directa con esta versión de la prevención general positiva se halla también en la postura mantenida por CARRARA, claro exponente de las ideas ilustradas en materia penal, respecto al fin de la pena<sup>207</sup>. Para el autor italiano, el fin esencial de la pena, y por el que ésta se justifica, es el del “restablecimiento del orden externo de la sociedad”. La pena debe contrariar al delito, el cual “ha ofendido a todos los ciudadanos disminuyendo en ellos la opinión de su propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo”. El daño que produce el delito es, así, no tanto un daño material a un individuo concreto, sino antes “un daño mediato o reflejo”, consistente en que “por una ofensa causada a uno sólo, todos los demás sufran por la disminución de la confianza en su propia seguridad”. La pena tiene, en suma, la misión de restablecer ese estado de seguridad y confianza, ese orden externo. Por último, conviene citar a JELLINEK, quien ya en 1878 interpretaba el *Wiederherstellung des Rechts* hegeliano de forma muy similar a como hoy se hace por la actual Escuela de Bonn: “El delito provoca en la sociedad un sentimiento de inseguridad [...] por el quebrantamiento de una norma jurídica. A través de la pena impuesta según el merecimiento del autor, se restablece el sentimiento de seguridad y

<sup>205</sup> JAKOBS. *Handlungsbegriff*, p. 37.

<sup>206</sup> Matices y diferenciaciones objetivas y subjetivas en la propia idea de la paz jurídica pueden verse en WÜRTENBERGER, en *Peters-FS*, pp. 214 y ss.

<sup>207</sup> Esto es resaltado por PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Contribución*, pp. 25 y 26, de donde se citan las referencias expuestas a continuación en el texto.

tranquilidad. Tienen lugar, así, dos procesos psicológico-sociales, uno producido por el delito, otro producido por la pena, cuyos efectos se compensan mutuamente”<sup>208</sup>.

Tras estas consideraciones, puede hacerse un balance crítico provisional de este fin atribuido al Derecho penal, balance positivo desde premisas liberales: la seguridad es un bien merecedor de protección, ya que el uso y disfrute de los intereses de los ciudadanos sólo puede llevarse a cabo si existe un cierto nivel de seguridad en sus expectativas. La confianza en que sus intereses no serán a cada momento lesionados permite ese uso –ese “tráfico” con los

<sup>208</sup> JELLINEK. *Die sozioethische Bedeutung*, p. 96. Puede sorprender el hecho de que se haya asociado supra la teoría del Estado de HEGEL con posiciones conservadoras y autoritarias y se vincule ahora su idea de la pena y del Derecho en general con planteamientos cercanos al liberalismo. A mi juicio, ello no viene motivado por una contradicción interpretativa, sino dada la extrema abstracción y formalidad con que el filósofo alemán formula sus líneas de pensamiento en relación a la concepción del Estado y la pena (sobre esa abstracción, POISS. *Die offene Gesellschaft*, pp. 49 y ss.; LÖNNESSEN, en *zstw* 107, 1995, p. 887, y la mezcla de argumentos basados unos en el ser, por un lado, y basados en el deber ser, por otro, así como su igualación argumentativa (“lo racional es real y lo real es racional”), lo que lleva a poder interpretar a HEGEL tanto desde un punto de vista político como desde un punto de vista epistemológico, como ocurre en sus revisiones modernas desde ciertas perspectivas comunitaristas (cfr., por ejemplo, NIÑO. *Ética y derechos humanos*, pp. 130 y s., en relación a la obra de C. TAYLOR, *Hegel*). Por otra parte, ya hicimos mención de la paradoja que puede suponer la defensa en HEGEL de la libertad de la persona, así como una concepción liberal de la misma plasmada en el Derecho (Cfr. *Principios*, § 36: “El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona”) y al tiempo asumir la libertad del individuo como dependiente del Espíritu objetivo, representado en el Estado, en el que se atman lo general y lo individual, pudiendo interpretarse esto políticamente como la superación del ámbito de libertad –es decir, los márgenes del concepto abstracto de persona– en función de la decisión del Estado en vez de enfrentar la libertad y autonomía del individuo como límite frente al Estado, como es propio de las teorías liberales (cfr. por ejemplo, POISS. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163). Por lo que respecta a la propia concepción hegeliana de la pena, su formulación es tan abstracta y formal –“restablecimiento de Derecho”, “negación de la negación”, etc.– que permite incluir, además de teorías propiamente retributivas, cualquier versión de la prevención general en la misma. La negación puede ir dirigida tanto al valor como a la vigencia de la norma como a la identidad afectiva de la comunidad como a la misma amenaza de pena puesta en duda por el delito (independientemente de que el mismo HEGEL rechaza la coacción psicológica). Por poner un ejemplo, STRENG, en *zstw* 92, 1980, p. 641, nota 13, vincula la idea de la retribución hegeliana a la de la venganza afectiva y restablecimiento de un clima anímico colectivo.

bienes jurídicos— en condiciones pacíficas y seguras. La “protección de la vigencia de la norma” aparece, por ello, como un fin legítimo al cual debe estar llamado un Derecho penal liberal. En este sentido, hay que rechazar las críticas que contra esta postura se han realizado, en el sentido de que no persigue un fin exterior—social—, sino que es una mera afirmación formal de las normas, que se consideran valiosas en sí mismas<sup>209</sup>; y que dicha protección de la expectativa no tiene sentido si no es como medio para el fin de protección de bienes jurídicos<sup>210</sup>. Por el contrario, considero que el fin de procurar al ciudadano un margen de confianza en su seguridad conlleva un necesario bien para el mismo, y que dicho fin no opera —o no sólo<sup>211</sup>— como medio para un fin ulterior, sino que se configura como un fin en sí mismo; sin que ello haya de obstar, en cualquier caso, a su compatibilidad con el fin de protección de bienes jurídicos. Por otra parte, conviene también oponer algunas réplicas a otro tipo de críticas que suelen emitirse respecto del fin de protección de expectativas de seguridad. Éstas parten de la vinculación de esta postura doctrinal con cierta tendencia a la utilización tecnocrática del *ius puniendi*, afirmando que la creación de una sensación de seguridad persigue en realidad la satisfacción de ciertas exigencias coyunturales de “ley y orden” y de “seguridad ciudadana” por parte de la opinión pública, para con ello autolegitimar el poder y, dicho gráficamente, crear la sensación de que se está haciendo algo contra la delincuencia<sup>212</sup>. Indudable-

<sup>209</sup> Por ejemplo, HIRSCH, en *NDP* 1996, p. 32: “... el formalismo de este concepto, que proviene del hecho de que las normas deben ser protegidas, como un fin en sí mismo, para su propia integridad...”.

<sup>210</sup> Así, ADAMS y SHAWELL, en *GA* 1990, p. 339.

<sup>211</sup> Más adelante veremos que la protección de la confianza en el respeto a las normas será tanto un fin en sí mismo, como un medio para dicho respeto. Cfr. *infra*, capítulo segundo, I, C, 4.

<sup>212</sup> Críticas de esta índole pueden encontrarse, por ejemplo, en BARATTA, en *CFC* 1984, pp. 533 y ss.; *ib.*, en *Kaufmann-FS*, p. 412; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77. Respecto de la función simbólica del Derecho, y del fenómeno de la legislación simbólica, cfr. SILVA SÁNCHEZ,

mente, dicha labor “simbólica” del poder, con la que, bajo la cortina de humo de la protección de los intereses de los ciudadanos, se persiguen fines de autopromoción gubernamental y de producción de consenso, no puede justificarse en un Estado democrático, caracterizado por la transparencia entre los ciudadanos y la labor de sus representantes políticos. Pero todo ello no pertenece al fin de protección de la vigencia de la norma<sup>213</sup>, sino que no es más que una *perversión* del mismo, al igual que un Estado coactivo de terror es la perversión del fin de intimidación, y que un Estado clínico de terapia forzosa es una perversión del fin de resocialización consagrado en el texto constitucional. Por supuesto que el ejercicio en la vigencia de la norma podrá implicar secundariamente el ejercicio en la confianza del “sistema”, pero ello no debe verse más que como una mera función no deseada del mismo: el fin de protección de la vigencia de la norma no se basa en ninguna estrategia electoralista tendente al fin de obtener la confianza en el gobierno de turno, sino únicamente la confianza en que el Derecho tendrá capacidad para imponerse y que los demás respetarán sus normas. En suma, dicho efecto tecnocrático no es más que un *efecto secundario*, no incluido en el discurso de legitimación —en el *deber*

---

*Aproximación*, p. 305, quien ofrece la siguiente definición de la función simbólica: “no tiene lugar en la realidad exterior [...] sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros produciría la sensación de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control”; cfr. también BARATTA, en *Kaufmann-FS*, p. 413, quien pone de manifiesto que la función simbólica conlleva una comprensión distinta de la relación individuo-poder: “La base de comunicación política entre los ciudadanos y sus representantes, esto es, la democracia, es sustituida por la comunicación entre los políticos y su público, esto es, la tecnocracia”. Con ello, la falta de protección real de bienes jurídicos —ya que el carácter exclusivamente simbólico de las leyes creadas con ese fin (funciones latentes, simbólicas) vendrá acompañada de una carencia de aplicabilidad instrumental (funciones manifiestas)— “es compensada —afirma el autor italiano— creando al público la ilusión de seguridad y un clima de confianza y fe en el orden y en las instituciones”. Cfr. también, sobre ello, HASSBÄGER, en *NSZ* 1989, pp. 553 y ss.; Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 25 y ss.

<sup>213</sup> En un sentido similar, afirma CUELLO CONTRERAS, *PG*, p. 58, que no cabe identificar Derecho penal simbólico y prevención general positiva.

ser— de este fin de la pena<sup>214</sup>, efecto que, por lo demás, puede asimismo darse desde cualquier otro fin que se predique de la pena.

En cualquier caso, si conviene resaltar algunos aspectos potencialmente correctos de estas críticas. Es cierto que la exclusiva referencia al mantenimiento de esa seguridad cognitiva puede resultar “vaga, imprecisa y peligrosa”<sup>215</sup>. A mi modo de ver, el fin de protección de la vigencia de la norma, basado en mecanismos simbólicos, adolece de una limitación importante en relación a los medios empleados para ello, limitación que puede llevar a la creación de climas ficticios o “ilusiones” de seguridad colectiva, sin instrumentalizar en realidad medios eficaces para una protección efectiva de los intereses intersubjetivos, con el consiguiente riesgo de identificarse con dicha función tecnocrática<sup>216</sup>. A esta limitación quisiera dedicar las consideraciones siguientes.

Como ha sido dicho, la protección de la expectativa normativa va dirigida en primer lugar a otorgar a los ciudadanos un margen *cognitivo* de seguridad y confianza en que la norma permanece vigente<sup>217</sup>, es decir, en que esa norma será respetada por terceras personas y no lesionarán, así, sus intereses. No se trata, entonces, de la seguridad material de un bien o interés del ciudadano, a través de la evitación de acciones que amenazan la integridad de dicho interés; sino únicamente de manifestar al ciudadano la confianza en dicha seguridad, de mantener un determinado nivel

<sup>214</sup> Sobre ese efecto considerado como una “función” —y no como un “fin”— puede verse SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 304.

<sup>215</sup> ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos*, p. 77.

<sup>216</sup> No en vano afirma HASSEMER, en *nstz*, 1989, p. 553, que “quien asocia ‘Derecho penal’ con ‘efectos simbólicos’ se convierte en sospechoso”.

<sup>217</sup> En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos*, p. 77, quien, no obstante, se muestra contrario a tal fin del Derecho.

de tranquilidad. En otras palabras, y como vimos que afirmaba expresamente LUHMANN, el fin de la norma y la sanción no consiste en la *evitación de acciones lesivas* a través de la motivación y dirección de conductas de potenciales delincuentes (*Verhaltenssteuerung*), sino únicamente en restablecer una ya presupuesta confianza en la mente de las potenciales víctimas en que los demás —los potenciales delincuentes— no actuarán contra las normas, es decir, en que no realizarán acciones lesivas (*Erwartungssicherung*). Es quizá por esta razón por lo que esta concepción —y a diferencia de las anteriores versiones de la prevención general positiva, las cuales perseguían interiorizar los valores plasmados en las normas, con lo que, si bien como fin secundario en algunas versiones, aspiraban también a motivar a la no realización de las acciones prohibidas en las normas— no se arroga la finalidad de protección de bienes jurídicos, ya que prescinde de toda función directiva de conductas y, en general, del carácter coercitivo y vinculante de las prescripciones penales<sup>218</sup>. Quizá por ello venga a afirmarse que esta teoría olvida “la especificidad propia del Derecho penal”<sup>219</sup>. La pregunta —la objeción— salta a la vista: ¿cómo puede el Derecho penal asegurar la expectativa normativa y generar o devolver a los ciudadanos la confianza en que los demás acatarán las normas si no es precisamente a través de la instrumentalización de medios directamente dirigidos a imponer o motivar el acatamiento de las normas? Expresado en otros términos, todavía a modo de hipótesis: el Derecho sólo podrá llevar a cabo el fin de protección de las expectativas normativas en la medida en que persiga asimismo un fin directivo de conductas. Por ello se afirmó que este fin de la pena corre el riesgo de degenerar en una función tecnocrática o al menos ilusoria del *ius puniendi*, ya que se pretende mantener un estado cognitivo de seguridad sin instaurar los medios precisos para ello.

<sup>218</sup> Así también, ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos*, p. 77. Cfr. asimismo las notas posteriores.

<sup>219</sup> QUINTERO, MORALES y PRATS. *PG*, p. 89.

NSStZ, 1982, pp. 112, loc. cit., pp. 112 ss.; Th. Würtenberger, Die unbestimmte Verurteilung, Materialien, t. I, pp. 89 ss.; H. Zipf, 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 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 siguientes<sup>1</sup>: *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, acunables previamente, o en que para posibilitar contactos diferentes haya que ceder su con-

<sup>1</sup> 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 (Weltgebäude)» (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 reprobatoria y la no reprobatoria 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...

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).

B. Este contorno, que en lo sucesivo debe completarse respecto al Derecho vigente —el *Código penal*—<sup>2</sup>, 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 cometido<sup>3</sup>: 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»<sup>4</sup>. 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 POSITIVA<sup>5</sup>

### A. La necesidad de vigencia segura de la norma

1. Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan<sup>4</sup> en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales —los únicos que aquí interesan—<sup>5a</sup> 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 impredecible<sup>6</sup>. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Así la definición de *Grocio* De iure belli ac pacis, liber II, caput XX, De poenis: «Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis».

<sup>4</sup> Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlín, 1821, § 99.

<sup>5</sup> 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.

<sup>5a</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 passim), y en favor del ámbito natural, en tanto que se concibe a las personas como meros lugares por donde pasan procesos naturales.

decepciona esa expectativa<sup>7</sup>, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe reaccionar<sup>8</sup>, 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 2. 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 convertirse 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 dónde 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 (contráfácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona. Ejem-

<sup>7</sup> Se da una defraudación o frustración cuando no se cumple una expectativa; el que ocurra sorprendentemente o se hubiese previsto es irrelevante para el concepto.

<sup>8</sup> En relación con el texto siguiente, *vid. Luhmann, Rechtssoziologie*, t. 1, 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, Schutz und Prävention*, pp. 8 ss.; *el mismo*, en: *Aspekte der Freiheit*, pp. 69 ss., 72 ss.; *vid. asimismo von der Linde, Rechtfertigung*, 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, *Austin*, 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.).

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 aplicable la norma. Esta limitación tiene el siguiente fundamento<sup>8a</sup>: 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).

<sup>8a</sup> Con más detalle, *Jakobs*, en: *Sachverständige*, pp. 271 ss., 277 s.; *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<sup>9</sup> 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<sup>10</sup>, 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 afcción individual de la víctima, pero esta afcción 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

<sup>9</sup> Al respecto, *Arzt, Ruf*, pp. 39 ss., 60 ss.

<sup>10</sup> Lo cual no significa que la infracción sea pública únicamente en su calidad de conflicto. Acerca de la necesidad de que haya infracciones, básico *Durkheim* (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, Strafe*, pp. 21 ss. (también 142 ss.); otras remisiones bibliográficas en *Naumann y Schroth Theorien*, pp. 109 ss., *AK-Hassemer*, 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 hubiera 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.

2. a) Así se pone también de relieve ya cómo ha de entenderse la pena 10 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<sup>10a</sup>. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena*.

b) Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la 11 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<sup>11</sup>, debiendo

<sup>10a</sup> Sobre la degradación del autor (en relación con *Garfinkel y Goffmann*), *vid. Weis, Blau-Festschrift*, pp. 405 ss.

<sup>11</sup> *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. *Kratsch* 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 infringida<sup>12</sup>; 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 idóneo<sup>13</sup>. 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 reacción<sup>14</sup>: la pena puede sustituirse por equivalentes funcionales<sup>14a</sup>; 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 *Kratsch*, 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.

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

<sup>13</sup> *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 «daño 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>14a</sup> *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* 2/26 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<sup>14b</sup> 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)<sup>14c</sup>.

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<sup>14d</sup>, numerosos casos de interrupciones 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 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<sup>14e</sup>. 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 bagatela. 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-

<sup>14b</sup> Acerca de las estrategias de que dispone la víctima individual, *vid. Hanak*, *KrimJ*, 1984, pp. 161 ss., 166 ss., con bibliografía.

<sup>14c</sup> Sobre ello, *Kiehl*, *Toleranz*, pp. 898 ss. y *passim*; *Neumann*, en: *Strafrechtspolitik*, pp. 225 ss., 227 ss.

<sup>14d</sup> De 20 de mayo de 1970, BGBl, I, p. 505; sobre ello, *LK-v. Bubnoff*, núm. marg. 1 ss., ante § 125, con bibliografía.

<sup>14e</sup> 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, *Lüderssen*, *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 temía que ya el hecho de registrarlas actuaría provocando ulteriores delitos.

**3b** 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 pierde 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-Gestalt*) con respecto a su configuración ideal (*Soll-Gestalt*) 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 personas 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; reprensión 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*)<sup>141</sup> confirma la vigencia de la norma

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 alcanzar, ni siquiera para normas jurídico-penalmente sancionadas —p. ej., para la prohibición de los daños imprudentes— dimensiones que aniquilen 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<sup>142</sup>. Además, se tiene en cuenta una amplia compensación autor-víctima —que excede al marco puramente civil—<sup>143</sup>.

— 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, reforzado 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<sup>144</sup> (desviación antes de llegar a la solución jurídico-penal: *diversion*<sup>145</sup>). 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»<sup>146</sup>, 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

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

<sup>143</sup> *Vid.* las propuestas en *Rössner* y *Wulf*, *Strafrechtspflege, passim*; *Kaiser*, *Kriminologie*, § 74.

<sup>144</sup> *Schaffstein*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 937 ss., 938.

<sup>145</sup> En la doctrina, *Blau*, *Jura*, 1987, pp. 25 ss. (¡muy gráfico!); el mismo y *Franke*, *ZStW*, 96, pp. 485 ss.; *Hermann*, *ZStW*, 96, pp. 454 ss.; *Schaffstein*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 937 ss.; *Walter*, *ZStW*, 95, pp. 32 ss.; *Kuhlen*, *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).

<sup>146</sup> *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* desapruera 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 <sup>14</sup>.

## 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 delinquentes 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* <sup>15</sup> (la llamada prevención positiva general o colectiva <sup>16</sup> —es decir, no sólo intimidatoria).

<sup>14</sup> *Vid. Kaiser*, Tröndle-Festschrift, pp. 685 ss.; sobre el Derecho alemán y extranjero, pormenorizadamente, *Meyer et al.*: Gewinnabschöpfung, *passim*, con bibliografía; *Herzog*, KJ, 1987, pp. 321 ss.; en relación con el Derecho austríaco, *Schmoller*, ÖJZ, 1990, pp. 257 ss., 300 ss.; sobre la «pena patrimonial», *vid. Meyer*, ZRP, 1990, pp. 85 ss., 87 ss.

<sup>15</sup> *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, I, 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 ejercitar 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).

fuera» (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.

<sup>16</sup> 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: Fortschritte, 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; pormenorizadamente, *Moos*, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss., 300 ss. Exposición de los distintos modelos en *Neumann*, y *Schroth*, 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 simplifican (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. 2/15 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» (*Haffke*, Tiefenpsychologie, pp. 80, 167) o «reforzamiento del orden de valores anclado en el super-yo» (*Streng*, ZStW, 92, 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*, KrimJ, 1987, pp. 2 ss.; *Giehring*, KrimJ, 1987, pp. 2 ss.; *Böllinger*, KrimJ, 1987, pp. 32 ss.; *Streng*, KrimJ, 1987, pp. 48 ss. Otros planteamientos: *Nowakowski*, Rittler-Festschrift, pp. 55 s.; *H. Mayer*, Studienbuch, § 3, 1, 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.; *Callies*, 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-Dietz*, Jescheck-Festschrift, pp. 813 ss., 817 ss.; *Maiwald*, GA, 1983, pp. 49 ss., 62 ss., con amplia bibliografía. Sobre los fundamentos empíricos, *Schöch*, 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 inocua, 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* 1/7nota 45.

### III. LAS TEORIAS ABSOLUTAS

#### A. Las teorías de la retribución

17 1. Los contenidos de las teorías de la pena<sup>17</sup> se reducen, en general, a dos fórmulas: *Punitur, quia peccatum est* (teoría absoluta) y *punitur, ne peccetur* (teoría relativa)<sup>18</sup>. A partir de ese contenido no cabe confrontar ya naturalmente, la mayor parte de las teorías más recientes<sup>18a</sup>. 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 norma<sup>19</sup>. 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

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Las fórmulas se remontan a *Protágoras*; 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.

<sup>18a</sup> *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 infligir el mal.

<sup>19</sup> *Schmid*, *Recht*, 1984, pp. 100 ss., 101.

legitimación absoluta que se percibe como insuficiente<sup>19a</sup>. 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.<sup>20</sup>, 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 pena<sup>21</sup> es el talión («Si ha matado, debe morir»). La función de la pena consiste en la realización de la justicia. Ello lo fundamenta *Kant* así<sup>22</sup>: 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 justicia<sup>23</sup>. «La justicia penal es un imperativo categórico», pues si desaparece «la justicia... 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 pune<sup>24</sup>. La teoría absoluta no ahorra plantearse este

<sup>19a</sup> La pena absolutamente justa como socialmente útil; *vid. sobre ello*, acertadamente, *Hassemmer*, 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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*, *Rechtssprinzipien*, 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 positivista, por una parte, así como del Estado que obliga a la virtud, por otra, *Bielefeldt*, *GA*, 1990, pp. 108 ss., 110 ss.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 compaginarlo 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.

<sup>24</sup> En esta medida acertadamente *Klug* en: *Programm*, pp. 36 ss., 40. Los reproches esgrimidos

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 absoluta<sup>25</sup>. La legitimidad de la definición más bien la presupone *Kant* al exponer que la ley penal es un «imperativo categórico»<sup>26</sup>. 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 disolución 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<sup>26a</sup> debería seguir siendo estabilizada<sup>27</sup>.

#### 21 4. En *Hegel*<sup>28</sup> la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se

KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 143) o «justicia clasista» (*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 *Zaczyk* (*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 *Zaczyk*, *AK-Schild*, §§ 20, 21, núm. marg. 73). El propio *Zaczyk* 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 inmanente, 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 *Zaczyk* 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.

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

<sup>26</sup> *Höffe*, *Rechtsprinzipien*, pp. 225 ss.

<sup>26a</sup> 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 sí 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).

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

<sup>28</sup> *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. En relación con el texto que sigue *vid. Flecht-*

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 encuentro de tal pretensión, como «vulneración de la vulneración», y así como «restablecimiento del Derecho»<sup>29</sup>. Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto<sup>30</sup>; lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto<sup>31</sup>. 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»<sup>32</sup>. 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»<sup>33</sup>. «Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil»<sup>34</sup>. 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 recientes<sup>35</sup>, incluidas las teorías de la 22 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.; *Seelmann*, *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. Primorantz*, *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.

<sup>29</sup> *Loc. cit.*, §§ 99 y 100.

<sup>30</sup> *Loc. cit.*, § 97.

<sup>31</sup> *Loc. cit.*, § 99.

<sup>32</sup> *Loc. cit.*, § 101.

<sup>33</sup> *Loc. cit.*, § 218; también anotación marginal al § 96.

<sup>34</sup> *Loc. cit.*, § 218.

<sup>35</sup> Ya *Binding*, *Normen*, t. 1, 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 bibliografía en *Armin Kaufmann*, *Normentheorie*, p. 229); posteriormente, sobre todo *Nagler*, *Straf*, pp. 580 ss., 588 y *passim*, con bibliografía exhaustiva sobre la doctrina de hasta finales de la Primera Guerra Mundial; *Welzel*, *Strafrecht*, § 32. 1, 1 a y 2; *Maurach*, *AT*, § 7, 1, 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 prologistas), sutilmente *Frommel*, *Präventionsmodelle*, pp. 42 ss.; *Westphalen*, *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 culpabilidad<sup>36</sup>. 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 motivos<sup>37</sup>. 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 sociedad<sup>38</sup>. 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 todazudamente, 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.

<sup>36</sup> Ahí se discute si la culpabilidad únicamente limita a la pena o también —en la medida de lo necesario— la fundamenta; *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.*

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

<sup>38</sup> Aún no superado: *v. Liez, 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

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 pena<sup>39</sup>. En parte se afirma que es legítimo que la pena posibilite la expiación, pero sin que se pretenda la expiación con carácter forzoso<sup>40</sup>. 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 expiación<sup>41</sup>, 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:

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 formales<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> *Vid. no obstante, Preiser, Mezger-Festschrift, pp. 71 ss., 77 ss.; también LK<sup>2</sup>-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-Luckmann, en: Tötungsdelikte, pp. 119 ss., 128.**

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

<sup>41</sup> Así especialmente Baumann, *op. cit.*

<sup>42</sup> Críticamente sobre la expiación también Stratenwerth, AT, núm. marg. 15; Roxin, JuS, 1966, pp. 377 ss., 379; Schmidhäuser, Sinn, p. 52; Eb. Schmidt, Materialien, t. 1, 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 s.; Neumann y Schroth, 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») <sup>43</sup>. 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» <sup>44</sup>. Está prácticamente descartado impedir a los autores la ejecución del hecho mediante la coerción 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» <sup>45</sup>. 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» <sup>46</sup>. 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 <sup>47</sup>, 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 <sup>48</sup>. 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 fundamentarse absolutamente: la pena es la «consecuencia jurídicamente necesaria» del delito <sup>49</sup>. Pero debe permitirse vincular lo útil con lo necesario en términos ab-

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Lehrbuch, § 13; Revision, p. 44.

<sup>45</sup> Revision, pp. 44 s.

<sup>46</sup> Revision, pp. 45 s.; Lehrbuch, § 13.

<sup>47</sup> Vid. *Bohnert*, Feuerbach, p. 13.

<sup>48</sup> Lehrbuch, § 14.

<sup>49</sup> Revision, n. 49; Lehrbuch § 78

solutos y configurar de modo más impresionante la realización de la conminación penal <sup>50</sup>.

b) En la teoría de *Feuerbach*, el doble valor de la punición no está nada claro <sup>51</sup>: 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 <sup>52</sup> que resaltan de diversos modos el efecto intimidante de la pena, no es desde luego su refutabilidad <sup>53</sup>. 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-

<sup>50</sup> Revision, p. 60.

<sup>51</sup> Vid. además la crítica de *Binding*, Normen, t. 1, p. 500.

<sup>52</sup> *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 NSTZ, 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 NSTZ, 1984, p. 409; 1986, p. 358; en conjunto favorablemente, *LK-G. Hirsch*, § 46, núm. marg. 25; acertadamente crítico sobre la jurisprudencia, *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 328 s., con más remisiones.

<sup>53</sup> Acerca de la falsación (o no verificación) de la intimidación (en relación con otros esquemas preventivo-generales, *vid. infra* Innota 56) *vid. Kaiser*, Generalprävention, pp. 339 ss., 351 ss.; *Schöch*, 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; *Köberer*, MonSchrKrim., 1982, pp. 200 ss.; *Maiwald*, GA, 1983, pp. 49 ss., 69 ss.; *Bertel*, Pallin-Festschrift, pp. 31 ss.; *Driendl*, Strafgesetzgebungswissenschaft, 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.

- 10 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<sup>54</sup>. 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

<sup>54</sup> Kindhäuser, GA, 1989 pp. 493 ss., 498; algunas soluciones de compromiso ofrece Hoerster,

excepción quiebra las limitaciones que se dan por supuestas en épocas de tranquilidad<sup>55</sup>.

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 reciente<sup>56</sup>, 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

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.

b) La influencia sobre al 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. Liszt, 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»<sup>57</sup>.

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-

<sup>55</sup> Vid. Nagler, Strafe, pp. 616 s.

<sup>56</sup> Bibliografía *supra* l/nota 16.

<sup>57</sup> 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 síntoma 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 cognoscitivas. 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 cognoscitivas 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 el 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<sup>57\*</sup>.

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 cognoscitivas, 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 tácita aunque claramente preventivo-generales: En los supuestos de adultos reincidentes se trataría no tanto de corrección (lo que en todo caso no sólo

<sup>57\*</sup> Convincentemente, *Botke*, *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; *Schlüchter*, 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»<sup>58</sup>. 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

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.

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.

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 representar)... el límite infranqueable de la Política criminal»<sup>59</sup>, 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-

<sup>58</sup> *v. Liszt*, ZStW 3, pp. 1 ss., 42 ss.

<sup>59</sup> 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.; *Jescheck*, Klug-Festschrift, pp. 257 ss., 264

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<sup>59</sup>.

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<sup>60</sup>. 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<sup>61</sup> (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 «asegurarse», a pesar de los daños sólo medianos derivados de sus delitos (o sea, habría que imponerle una custodia aseguradora que durara 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.

### 3. Modelos recientes

a) Ciertamente la prevención especial no está definida para siempre en la forma en que la esbozó v. Liszt<sup>62</sup>. 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<sup>63</sup>; *Grammatica*<sup>64</sup>: 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».

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)<sup>65</sup>. Sobre todo no es meta de la preven-

<sup>62</sup> 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*, Strafrecht, § 4, 2; *Eb. Schmidt*, Geschichte, §§ 32 s.; *Jescheck*, 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.

<sup>63</sup> 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. *Ancel*, Sozialverteidigung, pp. 26 ss., y *passim*; al respecto, *Melzer*, Sozialverteidigung *passim*; *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.

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

<sup>65</sup> *Maihofer*, Rechtsstaat, p. 146.

<sup>59</sup> 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.

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

<sup>61</sup> *Vid.* *Würtenberger*, Materialien, t. I, pp. 89 ss., con bibliografía; *Sieverts*, Materialien, t. I, pp. 107 ss.

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»<sup>66</sup>, 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 punible<sup>67</sup>.

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<sup>67a</sup>.

## V. LAS TEORIAS DE LA UNIDAD

48 1. Ya pronto se aludió a que los distintos aspectos de las teorías de la pena pueden combinarse entre sí<sup>68</sup>. Lo cual puede tener varios significados<sup>69 70</sup>:

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 teo-

<sup>66</sup> *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.

<sup>67</sup> *Vid.* al respecto *Peters*, *Heinitz-Festschrift*, pp. 505 ss., 512 ss.; *Hassemer*, *KrimJ*, 1982, pp. 161 ss., 165; *Lüderssen*, en: *Fortschritte*, pp. 67 ss., 79 ss.

<sup>67a</sup> Acertadamente *Albrecht*, *ZStW*, 97, pp. 831 ss., 857.

<sup>68</sup> *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.

<sup>69</sup> 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*, *NStZ*, 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 de la culpabilidad, la influencia de la personalidad del autor, lo que puede conducir a una mayor individualización de la pena.

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 vergonzantes<sup>71</sup>. 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 autor<sup>72</sup>, 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 s., 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)<sup>73</sup>. 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.

<sup>70</sup> 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. 1, §, 21 XVI, con bibliografía acerca de la doctrina antigua; *Mezger*, *Materialien*, t. 1, pp. 1 ss., 2 s.; *Jescheck*, *AT*, § 8, V; *LK-Jescheck*, *Introducción*, núm. marg. 3 ss.; *Maurach-Zipf*, *AT* I, § 7, núm. marg. 11 ss., 27 ss.; *Bocklemann-Volk*, *AT*, § 2, II, 4; *Dreher*, *Gerichte Strafe*, pp. 127 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, 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. *Horstkotte*, *JZ*, 1970, pp. 122 ss., 124, hace saltar el marco de lo adecuado a la culpabilidad. Una 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.

<sup>71</sup> Acertadamente ya *Exner*, *Theorie*, p. 36.

<sup>72</sup> *Begründung*, p. 96.

<sup>73</sup> No obstante, *vid.* también BVerfG, 64, pp. 261 ss.; pormenorizadamente, *Arloth*, 1988, pp. 403 ss.; OLG Frankfurt NJW, 1986, pp. 598 s.

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 vergonzantes<sup>71</sup>. 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 autor<sup>72</sup>, 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 s., 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)<sup>73</sup>. 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.

<sup>70</sup> 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 XVI, 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.; *Maurach-Zipf*, AT I, § 7, núm. marg. 11 ss., 27 ss.; *Bocklemann-Volk*, AT, § 2, II, 4; *Dreher*, Gerechte Strafe, pp. 127 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, 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 *Baumann-Weber*, AT, § 3, II, 2 a bcta (junto a la prevención general); *Benda*, Faller Festschrift, pp. 307 ss. *Horstkotte*, JZ, 1970, pp. 122 ss., 124, hace saltar el marco de lo adecuado a la culpabilidad. Una 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.

<sup>71</sup> Acertadamente ya *Exner*, Theorie, p. 36.

<sup>72</sup> Begründung, p. 96.

<sup>73</sup> No obstante, *vid.* también BVerfG, 64, pp. 261 ss.; pormenorizadamente, *Arloth*, 1988,

prevención general positiva (como tampoco con otras teorías de la pena) no se pueden calcular *quanta* 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<sup>74</sup>. Los detalles constituyen el objeto de la teoría de la determinación de la pena.

51 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 presión 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-

<sup>74</sup> Teoría del marco o del ámbito de libertad (*Rahmentheorie*, *Spielraumtheorie*). El que el marco de la pena adecuada la culpabilidad se pueda sobrepasar por debajo 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, desde el concepto de culpabilidad de la doctrina dominante, *vid.* BGH, 24, pp. 132 ss.; BGH JZ, 1976, pp. 650 s.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pp. 217 ss., 233; *el mismo*, Welzel-Festschrift, pp. 739 ss., 744; *Schaffstein*, Gallas-Festschrift, pp. 99 ss., 105; *Jescheck*, AT, § 4, I, 3, y § 82, III, 3; *LK-Jescheck*, Introducción, núm. marg. 31. En favor de la admisibilidad de sobrepasar por debajo, *vid. Lackner*, Entwicklungen, pp. 23 ss.; *Schönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 18 a ante §§ 38 ss. En favor de la admisibilidad de sobrepasar también por arriba, *vid. Horstkotte*, JZ, 1970, pp. 122 ss., 124.

te, aun cuando no se hayan cumplido los requisitos del § 57, párrafo 2 del StGB<sup>75</sup> (§ 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. Dünnebie*, 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, *NSiZ*, 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 Rechtsfolgensystem, *ZStW*, 102, pp. 343 ss.; *G. Grünwald*, Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf, 1962, *ZStW*, 76, pp. 633 ss.; *K. A. Hall*, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, *ZStW*, 70, pp. 41 ss.; *E. Heiniz*, 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 (I), pp. 193 ss.; *H. Horstkotte*, 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. Kaenel*, Carl Stooss 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 Vikariierens 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 Unschuldsvermutung 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. Betermann, H. C. Nipperdey y U. Scheuner* (eds.), *Die Grundrechte*, Bd. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909

<sup>75</sup> 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.

# RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN COMO ELEMENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Andrew von Hirsch

Universidad de Cambridge

Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo.  
Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios, 91),  
Cuenca, 2003

<http://www.cienciaspenales.net>

# RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN COMO ELEMENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Andrew von Hirsch  
Universidad de Cambridge\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La división estricta entre teorías absolutas y relativas constituye una tradición de las teorías de la pena en Alemania. Las justificaciones relativas de la pena tienen carácter consecuencialista, pues pretenden únicamente impedir la aparición de nuevos delitos. Esta es la finalidad más explícita de los conceptos de rehabilitación, intimidación o innocuización por lo que son igualmente relativos. La «prevención general positiva» constituye también un fin relativo. Así por ejemplo sus fines preventivo integradores pretenden fortalecer la conciencia normativa de los ciudadanos con el fin de asegurar la legalidad de sus comportamientos. En un Estado moderno, cuya finalidad última es asegurar las mejores condiciones de vida para sus ciudadanos, las teorías relativas se consideran con bastante frecuencia como el único modelo válido de pena. Las teorías absolutas de la pena, por el contrario, no están orientadas a las consecuencias, por ello sus conceptos se desprenden de postulados abstractos y verdades morales universales, alejados de la vida cotidiana. Estos frecuentemente se identifican con la venganza o con la idea hegeliana de que el autor desea su propio castigo. La tajante división entre teorías absolutas y relativas bloquea seriamente las reflexiones acerca de la justificación de la sanción penal, pues ha conducido a que el debate se reduzca finalmente a que o bien sólo son posibles teorías consecuencialistas (y preventivas) o bien teorías fundamentadas en consideraciones morales de carácter abstracto y universal.

La justificación de la sanción representa únicamente un aspecto de la teoría de la pena, de la que también son parte por ejemplo los principios sobre los que se asienta la responsabilidad penal que son abordados por la Parte general. En la actualidad algunos teóricos, tanto en Inglaterra como en Alemania<sup>1</sup>, que mantienen una justificación «relativa» de la sanción penal, anudan ésta con las teorías de la Parte general que remiten a elementos deontológicos (como por ejemplo las condiciones de culpabilidad). La cuestión de por qué ha de existir una institución como la pena debe preceder y enmarcar la discusión sobre este influjo inadvertido de la distinción «absoluta/relativa».

\* Trad. Adán Nieto Martín. UCLM.

<sup>1</sup> Vid. las posiciones de Roxin y Hart que se discuten en las notas 12 y 13.

En las siguientes reflexiones mantendré la tesis que una justificación convincente de la existencia de la pena debe dejar de lado esta dicotomía; esto es, ha de estar fundamentada tanto en valoraciones morales retrospectivas, como en consideraciones atinentes a las consecuencias. Singularmente esta teoría habrá de contener un elemento deontológico, en cuanto que el autor ha de ser tratado y considerado como un actor moral, pero al mismo tiempo habrá de estar orientada de manera cierta a las consecuencias, de modo que pueda reprimirse a la pena si esta resulta inútil, o no lo suficientemente útil, para impedir nuevas agresiones a bienes jurídicos. A continuación intentaré realizar una justificación de estas características a través de la discusión de un modelo en el que se combina prevención y retribución<sup>2</sup>.

## 2. LAS JUSTIFICACIONES «ABSOLUTAS» Y SUS PROBLEMAS

Aunque actualmente en Alemania apenas si existen seguidores de las teorías absolutas es posible encontrar en la literatura un buen número de concepciones de este tipo. Una de ellas es la «retribución»: la realización del injusto fundamenta la obligación de imponer un mal al autor mediante el que debe «pagar». Otra concepción distinta es la teoría de la «ventaja injustificada»: quien ha convertido a otro en víctima, adquiere una ventaja injustificada frente a esta persona a través del provecho del autodomínio de la obediencia al derecho, la función de la pena precisamente radica en imponerle una desventaja que compense esta situación<sup>3</sup>. Una teoría más es la que persigue la confirmación del ordenamiento: desde este punto de vista todo delito significa un desafío al ordenamiento jurídico y la pena supone su afirmación reactiva<sup>4</sup>. Todos estos puntos de vista están unidos a una serie de problemas conocidos.

1. Un aspecto sombrío de las teorías absolutas es su tendencia hacia la oscuridad: resulta complicado entender las razones que se ofrecen para explicar por qué se merece la pena. En algunas versiones del retribucionismo tradicional no se ofrece explicación alguna, apelándose en su lugar a intuiciones<sup>5</sup>, en otras se ofrecen aclaraciones en gran medida metafóricas. La pena «retribuye» o «paga» el injusto, pero no está nada claro ni cómo ni por qué; o la pena «suprime» la ventaja injustificadamente obtenida, pero sin que se explicité cuál es el mecanismo de esta «sustracción»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Una visión general de esta posición se encuentra en v. HIRSCH, en SCHÖNEMANN/v. HIRSCH/JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 101 ss; así como en v. HIRSCH en (Buchenbach-Buch). Este ensayo intenta profundizar en esta argumentación.

<sup>3</sup> Vid. por ejemplo, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 1980, 263-24.

<sup>4</sup> Vid. por ejemplo, HIRSCH, en: SCHÖNEMANN/v. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 125 ss; 179 ss.

<sup>5</sup> MOOR, en SCHÖNEMANN (Hrsg.), *Responsibility, Character and the Emotions*, 1987, 179 ss.

<sup>6</sup> Para una crítica de la teoría de la «ventaja injusta» (que ha sido tomada de la referencia de la not. 3), vid. DUFF, *Trials and Punishments*, 1987, Capítulo 8; von HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, 7-8.

2. Una dificultad ulterior consiste en que estas teorías dan a entender que debe hacerse algo contra el autor, pero no aclaran por qué ese algo debe adoptarse precisamente la forma de pena. Por ejemplo, ¿por qué la «confirmación» del ordenamiento jurídico ha de hacerse sobre todo imponiendo una pena al autor, con el consiguiente mal que ésta reacción tiene como atributo característico, en vez de imponer cualquier otro tipo de sanción con un carácter más neutral?<sup>7</sup>.

3. Un problema más es que rara vez ofrecen una justificación extendida de la competencia del Estado para castigar. En una sociedad liberal el Estado no puede tener como cometido general el mantener orden moral, sino únicamente unas funciones precisamente limitadas como la prevención de daños y la protección de los bienes necesarios para una existencia segura. Se trata, al menos en parte, de puntos de vista de carácter consecuencialista que los partidarios tradicionales de las teorías retributivas dejan por ello de lado a la hora de justificar la pena. ¿Qué cometido, de entre los que habrían de ser tareas del Estado en una sociedad libre, debe cumplir la pena?

4. Finalmente una desventaja radica en la universalidad de las pretensiones de fundamentación del retribucionismo tradicional. Así, por ejemplo, si la pena debe servir para neutralizar la negación del ordenamiento jurídico en cualquier sociedad, con tal de que disponga de ordenamiento, y partimos de una sociedad pacífica en la que rara vez existen hechos violentos o robos, de modo tal que la imposición de sanciones penales, con la imposición de sufrimientos y con su gran potencial de posibilidades de abuso, no resulta necesaria para mantener estos comportamientos en un límite tolerable, ¿existiría la obligación de contar con esta institución con el fin de reaccionar contra hechos aislados?; más adelante indicaré que la respuesta debiera ser negativa<sup>8</sup>, pero esta respuesta requiere al menos de algunas reflexiones orientadas a las consecuencias. Si por el contrario no se toman en consideración las consecuencias, la respuesta necesariamente y para cualquier tipo de sociedad habrá de ser positiva, tal como argumentaba Kant en su conocido ejemplo de la Isla. Una teoría que resuelve para cualquier tiempo y lugar la pregunta del por qué de la conservación de la sanción penal resulta una teoría bastante singular.

## 3. LAS JUSTIFICACIONES PURAMENTE «RELATIVAS» Y SUS PROBLEMAS

En este apartado tomaré en consideración las distintas justificaciones relativas que pueden encontrarse en la literatura tanto inglesa como alemana, lo que comprende tanto la teoría orientada a la intimidación de Bentham, y su

<sup>7</sup> HORNLEY/VON HIRSCH, en SCHÖNEMANN/v. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 83 ss; 86 s (cfr. una antigua versión de ese trabajo en GA 1995, 294).

<sup>8</sup> Vid. infra 5.2.

moderno –y diferenciado– desarrollo realizado por H.L.A HART, como las alemanas de la prevención integradora. Estas teorías se sustentan, de modo directo o indirecto, en la prevención como fundamento principal de la existencia de la pena y por esa razón, a mi juicio, debieran rechazarse.

### 3.1. La prevención general negativa: el modelo de Bentham

La concepción utilitarista de la pena que se remonta a Jeremy Bentham establece su fundamento en la prevención general negativa, esto es la intimidación de la colectividad. La institución de la sanción penal está orientada por ello a detraer a posibles malhechores. El *quantum* de la pena debe establecerse a través de una ponderación entre el conjunto de ganancias preventivas y los costes humanos y financieros de la pena<sup>9</sup>.

Las insuficiencias de este modelo se conocen desde hace bastante tiempo por la doctrina alemana y más recientemente también por la inglesa. Una aspecto crítico primordial es que esta concepción no está en condiciones de satisfacer los límites éticos a los que está sujeta toda sanción<sup>10</sup>. Si se atiende al marco de la utilidad social estaría permitido, por los aportes positivos que conlleva, la responsabilidad penal por hechos ajenos, en supuestos de ausencia de culpabilidad o la imposición de sanciones desproporcionadas. Como es sabido, precisamente el otro reproche que se realiza a esta teoría señala que la pena no se aplica al autor como persona con competencia de actuación moral; debe sufrir un mal únicamente con el fin de intimidar a otro y motivarle a un cumplimiento estricto del Derecho.

H.L.A HART ha intentado formular una respuesta a la crítica efectuada en primer lugar, la ausencia de límites, (pero no en la segunda). El recurso a la «profilaxis» como *raison d'être* de la pena permite, según afirma Hart, espacio para límites no utilitaristas en su imposición, en cuanto que estos puedan ser justificados de modo independiente<sup>11</sup>.

Hart propone como justificación independiente una importante barrera del «*substantive criminal law*», la limitación de la responsabilidad penal a conductas culpables del autor. Su argumentación se apoya en el concepto de posibilidad de elección. En una sociedad libre los ciudadanos deben tener suficientes oportunidades como para evitar las sanciones penales y permanecer fieles al derecho con sus decisiones. Esta posibilidad existe sólo si la responsabilidad penal requiere culpabilidad, pues sólo entonces puede evitarse que la imposición de la pena se derive de una violación normativa debida al

9 BENTHAM, *Principles of Morals and Legislation*, 1789, cap. 14.

10 Vid, por ejemplo, HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, Cap. I.

11 *Ibid.*

azar<sup>12</sup>. Claus Roxin utiliza argumentos similares con el fin de observar los límites que el principio de culpabilidad impone al derecho penal material<sup>13</sup>.

Este argumento para limitar la imposición de las sanciones penales no sirve sin embargo si cambiamos los principios del derecho penal material por los del derecho de medición de la pena y reparamos en la función limitadora más importante que el principio de culpabilidad desempeña en este último ámbito, el principio de proporcionalidad con el hecho, según el cual la dureza de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho. Este principio no puede derivarse de la idea de posibilidad de evitar la sanción penal, porque concierne a la medida de la sanción que le será impuesta a una persona que, a través de su decisión de contravenir el derecho, ha aceptado libremente las consecuencias de la responsabilidad penal<sup>14</sup>.

### 3.2. La prevención general positiva

La doctrina penal alemana en las últimas décadas ha auspiciado una modalidad distinta de las teorías preventivas denominada teoría de la prevención general positiva. Este punto de vista acentúa, en la versión que ha alcanzado mayor influencia (la prevención integradora), la función de la pena como fortalecedora de la lealtad normativa de los ciudadanos. La desaprobación social del comportamiento delictivo que se expresa a través del carácter reprobador de la pena contribuye a confirmar, fortalecer y estabilizar las normas morales de los ciudadanos, lo que mantiene limitados los comportamientos criminales<sup>15</sup>.

Esta función estabilizadora apoya la necesidad de culpabilidad en el derecho penal material y el límite de la proporcionalidad con el hecho dentro del derecho de medición de la pena. Un sistema penal sólo puede ser considerado justo en cuanto la responsabilidad penal requiera de culpabilidad y la medición de la pena, proporcionalidad. La inhibición de los ciudadanos a realizar conductas delictivas se fortalece más cuando se perciben estas circunstancias. La responsabilidad sin culpabilidad y las penas desproporcionadas conllevan un peligro de inobservancia y disminuyen la influencia del sistema penal en el moral<sup>16</sup>.

Este argumento es en última instancia preventivo, pues implica afirmar que si se sanciona «limpiamente» y se observa el principio de proporcionalidad se refuerzan en gran medida los escrúpulos morales de los ciudadanos ante la realización de hechos delictivos, lo que nuevamente capacita al derecho pe-

12 HART (not. 10), Cap. 7.

13 ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1997, 740-745.

14 DUFF/VON HIRSCH, *Cambridge Law Journal* 56 (1997) 103 ss.

15 ROXIN (not. 13), 30-31; BAURMANN en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (not. 2), i ss.

16 ROXIN, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, 279 ss; Hart (not. 10), 17 ss.

nal para cumplir de un modo más efectivo su función «profiláctica». La pregunta que sugiere cuanto acaba de indicarse es por qué se sabe todo esto. Pues mientras resulta pausable aceptar que la pena desempeña al menos ciertos efectos preventivos, existen menos puntos de apoyo para afirmar que estos se producen no con la intimidación sino con el fortalecimiento de la lealtad al derecho<sup>17</sup>. Sabemos muy poco acerca del grado y el modo en que la pena fortalece la autodisciplina, por lo que todo esto representa un fundamento bastante inseguro de los límites morales al derecho penal.

Incluso si existieran fuertes razones para los efectos positivos de la prevención general, resultaría bastante endeble su unión con la limitación del derecho penal a través de la culpabilidad. Esta teoría presume que una posible decepción por parte del ciudadano en relación a las expectativas de juego limpio motivada por la imposición de sanciones sin culpabilidad o desproporcionadas, ocasionaría un debilitamiento en su inhibición a la hora de realizar conductas delictivas. Sin embargo, tal como ha apuntado recientemente Wolfgang Frisch<sup>18</sup>, hay escasas razones para aceptar que actualmente los ciudadanos se preocupan por el principio de culpabilidad o por la proporcionalidad del derecho sancionador, y aunque así fuera la influencia en sus inhibiciones morales requeriría de modo necesario que tuvieran conocimiento de las reglas específicas del derecho penal. De hecho, algunas limitaciones elementales del derecho penal que proceden de la culpabilidad, como por ejemplo la impunidad de las personas con trastornos mentales, antes que pacificar al ciudadano medio le irritan.

A mi juicio, esta apelación a los efectos positivos de la prevención general también esta equivocada, pues las exigencias de culpabilidad y proporcionalidad son principios éticos y no máximas de la prevención de delitos. Cuando se sanciona un comportamiento no culpable o se impone al autor una sanción desproporcionada experimentamos que se trata de algo injusto y no simplemente que a largo plazo será contraproducente para la prevención de delitos. Esta sensación de injusticia no puede entenderse simplemente con el argumento de que dichas medidas mermarán la propensión al acatamiento del derecho.

Pero, ¿sería posible ofrecer una mejor explicación, no utilitarista, de la necesidad de culpabilidad concordante con la fundamentación de la existencia pena por parte de la teoría de la prevención general positiva? Esta explicación podría contenerse en el reproche que todo castigo implica y que pertenece a las características esenciales de la pena<sup>19</sup>. La prevención general positiva —así podría conformarse la argumentación— aclara por qué la respuesta a un compor-

17 Extensamente: SCHUMANN, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 17 ss.

18 FRISCH (not. 4), 125 ss.

19 WASSERSTROM, *Philosophy and Social Issues*, 1980, 112 ss.

tamiento dañoso ha de contener un reproche: la desaprobación contribuye a fortalecer la sensación del ciudadano acerca de la injusticia del comportamiento y con ello su posición de fidelidad al derecho. Una vez institucionalizado el reproche unido a la sanción (aunque sea por razones de prevención positiva), resulta una cuestión de «juego limpio» (y no únicamente de prevención delictiva) que la medida de la pena se oriente a este elemento. De este modo el autor es sancionado de forma «desleal» cuanto se desatiende la necesidad de culpabilidad o de proporcionalidad, lo que ocurre con sanciones que prevén un reproche para comportamientos no culpables o una desaprobación mayor que la que justifica la reprochabilidad del comportamiento.

Este argumento es similar a lo que ocurre al poner las «notas» académicas. Cuando se pregunta por qué una Universidad debe diferenciar a los estudiantes según sus rendimientos, la respuesta podría ser consecuencialista: porque con ello se crean estímulos para un mejor rendimiento. Sin embargo, si se pregunta, una vez que se ha introducido este sistema, si los buenos estudiantes tienen derecho a buenas notas, la respuesta será que la concesión de notas ha de orientarse de forma retrospectiva y orientada al mérito. En cuanto que las buenas notas suponen un reconocimiento del rendimiento, no sería «limpio» negar estas calificaciones a personas que las han alcanzado.

Esta fundamentación, encaminada a la cuestión relativa a la limitación de la pena por el principio de culpabilidad, no afecta a la crítica que indica que la teoría de la prevención general positiva no trata al autor como actor moral. La reprobación, que puede ser utilizada como fundamento de la culpabilidad, aparece en el modelo de «integración prevención» como explicación de la obediencia al derecho, y se utiliza pensando que los ciudadanos, antes que con meras amenazas, realizarán comportamientos conformes con el derecho mediante sanciones que contengan una apelación moral. La reprobación en la pena, que se orienta al mérito y hace referencia a la capacidad del autor reconociendo la correcto o antijurídico de su comportamiento, tiene por tanto una justificación instrumental pues está referida a la influencia sobre comportamientos futuros de otros. De este modo no se toma seriamente al autor como actor moralmente orientado, en cuanto que no se requiere que el reproche esté éticamente justificado<sup>20</sup>.

20 Para un desarrollo exhaustivo de este argumento vid. HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 88 s. En una reciente contribución Winfried HASSEMER señala que el punto de vista preventivo tradicional resulta demasiado estrecho. Las normas protegidas por la pena no serían únicamente la obediencia sino que comprenderían también los principios éticos en los que se basa el derecho, inclusive el principio de culpabilidad y los principios del debido proceso (HASSEMER, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), p. 29 ss). Sin embargo, resulta difícil justificar estos principios a través de las categorías/conceptos de la prevención general. Según la teoría tradicional de la integración, el principio de culpabilidad está justificado por su aptitud para alcanzar un fin ulterior externo, el aseguramiento de la obediencia al derecho. Cuando la consecución de los fines preventivos generales se extienden a la estabilización del principio de culpabilidad, ¿cómo puede éste autojustificarse?

#### 4. EL REPROCHE PENAL Y SU JUSTIFICACIÓN

La pena implica la causación de un mal a través del cual se expresa un reproche. Probablemente el mejor modo de justificar la pena puede efectuarse si se toma en consideración que cada uno de estos elementos, mal y censura, han de justificarse por sí solos y probar finalmente como pueden ser unidos en el marco de una teoría penal. Me gustaría empezar con la censura penal, en cuanto que este elemento a mi juicio desempeña un papel esencial en la justificación de la pena.

Las justificaciones de la institución de la pena orientadas al reproche son aquellas que consideran como elemento central de esta institución la desaprobación, esto es, su cometido de formular un reproche referido a un determinado comportamiento. La sanción penal expresa públicamente esta censura. El castigo de una persona consiste precisamente en que como consecuencia del injusto ocasionado se le impone un mal y de este modo se expresa un reproche contra esta persona en realización a uno de sus comportamientos. La consideración del autor como un malhechor representa la idea central de la pena<sup>21</sup>. La diferencia entre el impuesto y la multa no radica en la naturaleza del interés del autor afectado –en ambos casos se trata de dinero–, sino que radica en que la multa contiene un reproche contra el autor, de modo distinto a lo que ocurre con el pago del impuesto.

##### 4.1. La función moral del reproche

Que la pena expresa un reproche o una desaprobación es algo que ya ha quedado suficientemente claro. Ahora bien, ¿por qué precisamente el reproche ha de ser la respuesta a un comportamiento tal como hace el Derecho penal? De no dar una respuesta a esta pregunta, el derecho penal debería ser sustituido por otra institución, que no tuviera ese carácter desaprobador, por una medida similar al impuesto mediante la que se persiguiera impedir determinados comportamientos.

El filósofo P.F. Strawson, de Oxford, ofrece una aclaración bastante simple<sup>22</sup>. La posibilidad, señala, de reaccionar ante un comportamiento injusto con la desaprobación o la censura, es simplemente parte de una moral que considera al hombre responsable por sus comportamientos. Cuando una persona comete una fechoría ha de ser juzgada críticamente en cuanto que su comportamiento fue injusto. El reproche es la manifestación de este juicio, unido a la expresión de desaprobación. La aclaración de Strawson resulta correcta pues

21 WASSERSTROM (not. 19), 112 ss.

22 STRAWSON, *Freedom and Resentment and Other Essays*, 1974, 1 ss.

el reproche aparece en la realidad como una parte de la praxis consistente en hacer a los hombres responsables de sus comportamientos. A continuación, me parece necesario señalar con mayor precisión alguna de las funciones morales positivas del reproche.

Una de estas funciones morales se refiere a la víctima. El reproche sirve para expresarle que no fue únicamente dañada, sino que además lo fue injustamente a través de un comportamiento ajeno culpable. Por ello no sería suficiente reconocer que se ha ocasionado un daño o expresar nuestra condolencia, lo que resulta adecuado cuando alguien es lesionado por una catástrofe natural<sup>23</sup>. En cuanto el reproche supone una desaprobación del autor se confirma que el daño de la víctima fue ocasionado por un comportamiento desaprobado del autor.

En segundo lugar, y esto es lo más importante, el reproche representa una comunicación moral con el autor, a través de la cual se le comunica un mensaje normativo crítico en relación a uno de sus comportamientos, esto es, que ha dañado a alguien de modo culpable y que es reprendido por esa conducta. Con este mensaje el autor es tratado como actor cuya actuación se orienta moralmente y recibe una crítica como consecuencia de lo injusto de su comportamiento y no sólo por las posibles ventajas sociales que pueden alcanzarse a través de esta censura<sup>24</sup>. Cuando se reprende de este modo a una persona se espera de ella una reacción moral adecuada: la expresión de su consternación, el reconocimiento del injusto que ha realizado o su esfuerzo por un mayor autocontrol. Si el reproche está justificado, una reacción de indiferencia no sería una respuesta adecuada.

Sin embargo el reproche penal sólo concierne al autor externamente. La desaprobación que se expresa a través de la sanción ofrece al autor la oportunidad de reflexionar acerca de sus comportamientos. Ahora bien adoptar esta reacción es algo que queda en sus manos, en cuanto que aquí no se mantiene ninguna teoría del arrepentimiento, en la que justamente la reacción estaría encaminada a provocar en el autor determinados sentimientos, ya sean de vergüenza, de arrepentimiento o de cualquier otro tipo<sup>25</sup>. Por ello a mi juicio no existe necesidad de acomodar la reacción de reproche al posible grado de susceptibilidad del autor.

23 El criminólogo noruego Nils Christie aboga por una respuesta de este tipo (CHRISTIE, *Limits to Pain*, 1981, Cap. 10, 11). Para una crítica vid. VON HIRSCH, *Crime and Delinquency* 28 (1982), 315 ss.

24 Para una discusión más amplia vid. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, Cap. 2.

25 El filósofo británico R. A. Duff mantiene una teoría semejante de la expiación. A su juicio la causación del mal en el castigo está justificada como medio para que el autor comprenda su injusto y se arrepienta y como posibilidad para que el autor asuma su hecho y exprese su arrepentimiento (DUFF, *Trials and Punishment*, 1986, Cap. 9; Duff, en Schuerman, von Hirsch, Jareborg, not. 23, 181 ss). Para una crítica, por todos a partir de consideraciones que parten de una concepción de la pena del Estado liberal, vid. VON HIRSCH (not. 24), Cap. 8; VON HIRSCH, *Maatverrs (Hrsg.), Punishment and Political Theory*, 1999, 69 ss.

Las reflexiones anteriores aclaran por qué ante determinados comportamientos dañosos no puede responderse únicamente a través de sanciones neutrales que no expresan desaprobación alguna. Este tipo de sanciones negarían el status de personas al afectado, aunque fuesen eficaces desde el punto de vista de la intimidación. Una sanción neutral trataría al autor o a los posibles autores como animales de circo, como criaturas que deben ser enjauladas, intimidadas o amaestradas. Por el contrario, una sanción que implica reproche considera al autor como persona moralmente capaz.

Este modelo no padece además de la oscuridad de las tradicionales teorías retributivas. El reproche o la desaprobación es un juicio moral habitual que se utiliza en contextos social diferentes entre los cuales la sanción penal es simplemente uno más. El mensaje del reproche penal comunica al autor que su comportamiento era injusto, juicio nada difícil de fundamentar, si, por ejemplo, su comportamiento consistió en una lesión intencionada de otro, y lo enfrenta con la desaprobación de su comportamiento, lo que por las razones mencionadas tampoco resulta complicado de fundamentar. El reproche es un concepto orientado al mérito, pero es también parte integrante del discurso moral cotidiano y no contiene las oscuras metáforas, que caracterizaban a las teorías retributivas tradicionales, del restablecimiento del equilibrio moral o del orden jurídico y moral.

El reproche mediante la pena desempeña aun otro cometido, pues también se dirige a terceros, es decir, a otros miembros de la comunidad estatal a los que suministra razones normativas para omitir ese tipo de comportamientos. De modo distinto a lo que ocurre con el reproche en un contexto cotidiano, el derecho penal les informa de que determinados tipos de comportamientos son punibles. En cuanto que las sanciones previstas expresan un reproche, éste contiene el mensaje de que el comportamiento se considera reprochable y que debe ser omitido. Esta información no es necesariamente una relativa a lo equivocado del comportamiento, algo que comparte la mayoría, o al menos gran parte, de los destinatarios. El reproche que contiene la sanción se dirige sobre todo al intelecto del ciudadano con el fin de apelar a lo injusto del comportamiento y darle de este modo una razón para omitir este tipo de conductas.

A diferencia de lo que opinan los partidarios de la teoría preventivo integradora, el mensaje normativo que se expresa mediante las leyes penales no puede reducirse a un simple estímulo para fomentar la obediencia al derecho, por estar más predispuestos los ciudadanos a apelaciones morales que a amenazas. A mi juicio, el reproche que se manifiesta a través de la sanción está justificado porque muestra un camino éticamente adecuado, con el que al autor se le dirige la palabra como un actor capaz de realizar consideraciones morales. El mensaje de ilegitimidad del comportamiento, tal como se expresa en la ley penal frente a los ciudadanos, deriva de que muestra una vía ética apropiada, que se corresponde con personas que actúan moralmente orienta-

das. Los posibles efectos preventivo integradores de este mensaje resultan efectos colaterales en relación a estas pretensiones normativas<sup>26</sup>.

El mensaje normativo del reproche no puede reducirse igualmente a una mera desaprobación del comportamiento en su aspecto de infracción normativa<sup>27</sup>, sino que se dirige sobre todo a la substancia del injusto realizado por el comportamiento. Por ejemplo, el reproche adecuado a un robo debe referirse al injusto de esta lesión dolosa a otra persona y no sólo al hecho de que se ha infringido una norma prohibitiva.

Este tipo de orientación del reproche presupone que el comportamiento criminal es indudablemente injusto y por ello está justificada una reprobación. Frente a esto en la actualidad las prohibiciones penales tienen una amplitud considerable e incluyen modos de comportamiento que no parecen incondicionalmente reprochables. Un modelo orientado al reproche debe justificar todas estas prohibiciones. Basta para ello con que el ámbito nuclear del comportamiento afectado por el derecho penal pueda ser caracterizado como reprochable con buenas razones, en cuanto que por ejemplo suponga la lesión de otra persona realizada culpablemente (violencia o hurto) o contenga una lesión de obligaciones sociales de carácter esencial –fraude fiscal–. Este modelo, en el que el reproche se considera un elemento central del derecho penal, contiene por ello una función crítica: suministra un argumento para descriminalizar comportamientos que razonablemente no pueden ser considerados como reprochables<sup>28</sup>.

#### 4.2. ¿Qué apoyos se derivan de este modelo para el principio de culpabilidad penal?

El reconocimiento del papel central del reproche fortalece la necesidad de limitar el derecho penal a través de la culpabilidad del comportamiento, requisito que habrá de incluirse entre sus reglas generales, y, en la medición de la pena, la existencia de una relación adecuada entre la gravedad de la pena y el merecimiento de reproche del comportamiento. Ambas exigencias pueden ser derivadas directamente del carácter de reproche de la sanción penal. Como ya se ha comprobado, la condición de culpabilidad más elemental del derecho penal alemán, el que el comportamiento haya sido realizado dolosamente o, en relación a determinados comportamientos, con un grado determinado de ausencia de cuidado, no puede fundamentarse indicando que esta condición contribuye a fortalecer la fidelidad normativa del ciudadano medio, lo que además es complicado de probar empíricamente. Su fundamentación puede extraerse ahora de una sim-

26 Extensamente HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 91s.

27 Para una visión similar del reproche, vid. SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 109.

28 Vid. por ejemplo HUSAK, *Drug and Rights*, 1992.

ple cadena argumentativa: la pena no es reproche únicamente desde un punto de vista empírico, sino que debe ser reproche en atención a criterios normativos y por ello la reprobación no resulta adecuada cuando se ha actuado sin culpabilidad<sup>29</sup>. Lo mismo resulta de aplicación a las causas de exculpación, como por ejemplo el estado de necesidad disculpante. La ratio de la exculpación no reside en la ausencia de una necesidad preventiva de pena en estas situaciones sino en la circunstancia de que al autor no se le puede reprochar su comportamiento antijurídico, cuando la sumisión al derecho hubiese tenido para él consecuencias desoladoras<sup>30</sup>. En el marco de la medición de la pena, el principio de proporcionalidad con el hecho debe acentuarse igualmente cuando se parte de la perspectiva orientada al reproche. La severidad de la pena refleja el grado de reproche, una pena proporcionalmente elevada expresa una mayor censura, al igual que una pena leve representa un reproche menor. Como consecuencia de esta estrecha relación conceptual entre gravedad de la pena y reproche, y no como consecuencia de los efectos sobre la fidelidad normativa de los ciudadanos, las penas deben corresponderse con la gravedad del hecho<sup>31</sup>.

## 5. LA CAUSACIÓN DE UN MAL EN LA PENA Y SU JUSTIFICACIÓN

A continuación nos ocuparemos del otro componente de la pena, la denominada imposición de un mal. La pena contiene una censura pero no se compone exclusivamente de reproche, pues éste se expresa a través de la causación de un mal, es decir a través de la imposición de una privación al autor. Por ello resulta necesario enfrentarse con este otro elemento constitutivo, la causación del mal. La justificación de este elemento requiere, como querría demostrar, la introducción de reflexiones preventivas. Lo que implica la necesidad de responder a la pregunta de cómo estos puntos de vista preventivos son contenidos por la función de reproche de la pena.

### 5.1. ¿Puede derivarse la imposición del mal del reproche?

Una argumentación posible podría consistir en intentar fundamentar la imposición del mal en el propio reproche penal. Esta argumentación ha sido desarrollada por el filósofo australiano John Kleinig, para quien el reproche, al menos en determinadas relaciones sociales, no puede ser expresado a través de

<sup>29</sup> Vid. extensamente HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 99 s.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Para una discusión detenida en relación al modo en el que el reproche de la pena cimenta el principio de proporcionalidad con el hecho, vid. VON HIRSCH (not. 24), 15 s.; BOTTOMS en ASHWORTH/WASIK (Hrsg.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, 77 s.; HÖRNLE, *Überproportionale Strafzumessung*, 1999; VON HIRSCH (Bachenbach-Huch, not.2).

actos simbólicos o meramente verbales, la imposición de un mal resulta necesaria para mostrar que la reprobación ha de tomarse en serio. De este modo, por ejemplo, en una facultad la desaprobación de un comportamiento grave de un colega no debe expresarse a través de una amonestación verbal, la expresión de la desaprobación requiere la restricción de privilegios<sup>32</sup>. De modo semejante el Estado no puede reaccionar ante los comportamientos penalmente relevantes con una demostración verbal o simbólica de la desaprobación. La expresión creible de la desaprobación requiere que ésta se realice mediante la imposición de un mal.

En el marco de las modernas sociedades occidentales esta justificación resulta probablemente pausable. Resultaría difícil imaginar que una respuesta simbólica o meramente verbal a un comportamiento dañoso hiciera creible la desaprobación. Nuestras sociedades son diferentes a aquellas en las que existe un Rey, un sumo sacerdote o incluso una alta institución o instancia que podrían expresar este reproche.

Sin embargo esta justificación, aceptada tal cual, contiene una laguna. Incluso si la imposición del reproche estuviera justificada, el modo y manera en que ésta se expresa deben mostrarse respetuosos con el autor. Tomando un ejemplo cotidiano: imaginemos que A ha realizado un injusto y B como consecuencia quiere amonestarlo. Partamos de que A parece estar dispuesto a ignorar una simple amonestación verbal, por lo que B buscando encontrar el acatamiento de A y transmitirle su amonestación, la expresa golpeando y gritándole. Aunque la amonestación en sí considerada resulte un trato absolutamente respetuoso, podría objetarse que la manera y el modo en que se ha realizado está lejos de serlo, aspecto éste último que no se asegura suficientemente por el simple hecho de que los golpes o gritos confieran credibilidad al reproche. Pero incluso aunque así fuera, dado que un gran nivel de credibilidad no supone ninguna justificación moral suficiente, el modo y la manera en que el reproche se expresa han de justificarse obligatoriamente.

La justificación de Kleinig, en cuanto que sirve a la justificación de la existencia de la pena, pasa por alto que una de sus funciones es precisamente evitar comportamientos delictivos. Cuando el Estado criminaliza un determinado comportamiento, instituye una amenaza legal: este comportamiento está prohibido y la contravención de esta prohibición conduce a la imposición de determinadas sanciones. La amenaza muestra explícitamente su objetivo de disuadir a los ciudadanos de la realización de tales comportamientos.

El tema de la disuasión no conduce nuevamente al rol de la prevención general negativa en la pena. Los penalistas alemanes tienen razón cuando rechazan las teorías puramente intimidadoras argumentando que no tratan al au-

32 KLEINIG, *Israel Law Review* 24 (1992), 401 ss.

tor o bien a los potenciales autores como personas que actúan de modo moralmente orientado (vid. supra. 3.1.). Sin embargo está abierta la posibilidad de acoplar la disuasión mediante la pena en un concepto de sanción penal determinado por el reproche. La dicotomía «absoluta/relativa» que existe en la doctrina alemana dificulta la consideración de esta posibilidad.

## 5.2. La imposición del mal como elemento preventivo en el marco de un concepto de pena basada en el reproche

La imposición del mal, a mi juicio, tiene realmente una función preventiva: suministra una «*prudential reason*» para la no realización de hechos punibles, unida a los argumentos normativos expresados mediante el elemento «reprochabilidad» de la pena<sup>33</sup>. Por «*prudential reason*» entiendo consideraciones relativas a ventajas o desventajas para la persona que actúa. A través del reproche incorporado en la amenaza de pena, el derecho penal expresa que el comportamiento resulta equivocado, con lo que una persona que actúa de acuerdo con criterios morales tiene motivos para no realizarlo. Sin embargo, debido a la falibilidad humana, puede seguir queriendo su realización. La razón para que en la sanción el modo de expresar la desaprobación sea la imposición de un mal en lugar de utilizar mecanismos puramente simbólicos reside justamente en que la amenaza de este mal confiere a la persona una razón «prudencial» ulterior, significativa para los propios intereses, para no realizar el comportamiento. De hecho, la introducción de una reacción de reproche que suministra al mismo tiempo un efecto de disuasión puede ser saludable como una ayuda para realizar un comportamiento que se reconoce como adecuado, en aquellos casos en que el autor está tentado de realizar el delito, pese a comprender el mensaje de la sanción.

Esta fundamentación se apoya en una imagen determinada de la naturaleza humana y de los motivos del comportamiento. Las personas no son ángeles para los que bastaría una apelación puramente normativa, pero tampoco animales que pudieran ser influidos a través de amenazas. Los hombres son morales pero falibles, capaces de motivarse normativamente pero también con tentaciones de infringir estas apelaciones. Su naturaleza de persona que orienta su comportamiento moralmente capacita al hombre para tener en cuenta el mensaje de reproche, es decir lo reprochable del comportamiento, que se comunica a través de la sanción. Pero al mismo tiempo, dado su carácter falible, le es también fácil resistirse a la tentación de realizar un delito cuando el reproche se expresa de modo desalentador. El modo en que se contiene la disuasión diferencia la pena de una medida puramente coactiva, en la que la única base

<sup>33</sup> VON HIRSCH (not. 24), 12 s.

para la conformidad se basa en el temor a las consecuencias indeseables. En atención a las mencionadas cualidades de la naturaleza humana resulta posible reaccionar con una medida que fortalece las razones para la no comisión de delitos a partir tanto de razones morales, como racionalmente orientadas.

Dentro del punto de vista, que acaba de exponerse, la prevención no puede situarse en solitario. Si la sanción expresa un reproche, su forma y modo adopta una forma que actúa al mismo tiempo como intimidación y como apoyo contra tentaciones. Por el contrario, cuando la sanción únicamente impone un mal constituye una simple medida coactiva. Una persona conformada moralmente puede señalar que una sanción neutral, carente de cualquier juicio, es más eficaz frente a las tentaciones si se corresponde con una obligación moral reconocida. Sin embargo, esta sanción, portadora únicamente de una amenaza, no respetaría su carácter de persona responsable. Las razones para actuar correctamente serían meramente que el Estado quiere tratarlo como un ser vivo que debe ser obligado y no como alguien que toma en cuenta razones normativas al comportarse de un modo determinado.

En la justificación de la pena propuesta, la función de reproche desempeña el papel central. Una reacción de desaprobación ante un comportamiento injusto puede, a mi juicio, expresarse, al menos en primer término, de modo y manera puramente simbólica o de modo que la desaprobación se comunique mediante la imposición de un mal. La sanción penal es una reacción de este último tipo, pues como consecuencia de su función adicional de «desaliento» contiene ventajas frente a reacciones simbólicas. Sin embargo, la función preventiva está justificada únicamente en una institución que incorpora también el reproche.

En esta estructura de la pena el reproche y la imposición del mal están entrelazados. Un tipo penal indica que ante determinado comportamiento se reaccionará mediante una consecuencia gravosa determinada. Esta consecuencia contiene de un lado la imposición del mal y de otro expresa el reproche. Esta relación entre ambos elementos de la pena resulta, tal como veremos más tarde, importante para el principio fundamental de proporcionalidad con el hecho.

Una debilidad de las teorías retributivas tradicionales radica, tal como se indicó, en olvidar razonar el papel del Estado en la imposición del castigo. El aspecto preventivo que aquí se propone permite justificar más fácilmente su cometido. Una de las tareas más importantes del Estado consiste en proteger a los ciudadanos ante las lesiones de sus intereses más vitales<sup>34</sup>, dicho cometido justifica la prohibición de los comportamientos lesivos que conforman el núcleo del Derecho penal. A mi juicio la pena sirve a esta función

<sup>34</sup> Vid. también ROXIN (not. 13), 54 s.; VON HIRSCH (not. 25).

de protección, por su función disuasora ante comportamientos delictivos. Pero también constituye una obligación central del Estado, cumplir con sus tareas, en este caso la protección de sus ciudadanos, de modo respetuoso con las personas. Una sanción reprobadora, a diferencia de lo que ocurre tal como vimos (vid. 4.1.) con aquellas de carácter neutral, trata con respeto al afectado, al tratarlo como persona capaz de realizar consideraciones morales, e igualmente en lo que respecta a la víctima contiene el reconocimiento de que ha padecido un injusto.

Pese a esta doble justificación estaría sin embargo permitido rechazar la institución de la pena si no fuese necesaria para la prevención. Representémonos una hipotética sociedad en la que las relaciones sociales y económicas se desarrollan de modo tan positivo que la violencia o el robo rara vez ocurren. La institución de la pena, con su aparato de tribunales, sanciones, etc., no sería necesaria para mantener dentro de límites tolerables estos comportamientos. ¿Estaría esta sociedad obligada a mantener esta institución con el fin de ocuparse de los malechores? A mi juicio no: la sociedad puede pretender conservar algunas formas de reproches oficiales, pero con la necesidad de prevención criminal desaparecería igualmente la necesidad de una institución tan costosa, inoportuna y gravosa como la pena<sup>35</sup>.

### 5.3. El aspecto preventivo y el principio de culpabilidad en Derecho penal

Como se ha indicado (vid. 3.1.), una desventaja esencial de las justificaciones puramente preventivas es su incapacidad para fundamentar adecuadamente la limitación de la responsabilidad penal y de la mediación de la pena mediante la culpabilidad. De ser útiles a los fines preventivos habría que admitir la responsabilidad sin culpabilidad y las sanciones desproporcionadas. Una ventaja decisiva del modelo orientado al reproche consiste en que tal como se mostró (vid. 4.2.) ofrece una fundamentación de estos límites.

Sin embargo nuestro análisis se centra en un modelo mixto que contiene el elemento de la prevención y el reproche. ¿No constituye un caballo de Troya la introducción de estos elementos preventivos? ¿La consecución de estos efectos permite ir más allá de los límites marcados por las exigencias de culpabilidad?

Estas preguntas serían un problema si ambos elementos de la pena —reproche y prevención— actuasen en diferentes partes del derecho penal. Aceptemos por ejemplo que alguien afirmara que la necesidad de culpabilidad se encarna en el reproche contra el autor y que la sanción que a éste le será impuesta tiene únicamente una función preventiva. En este caso la ausencia de la

<sup>35</sup> Vid. extensamente VON HIRSCH (not. 25), 73 s.

pena quedaría determinada de acuerdo con criterios preventivos. Este modelo no sería aceptable en el marco de los argumentos fundamentales que he desarrollado: pues si la sanción, en vez de expresar un reproche, desempeñara únicamente una función preventiva, la reacción de censura quedaría separada, fuera de la justificación de la pena que he propuesto. En este caso ya no hablaríamos de la expresión del reproche a través, debido a razones preventivas, de la imposición de un mal. El mal causado sería puramente preventivo, y al no contener reprobación alguna, constituiría una suerte de doma, en la que el autor no es tratado como persona capaz de reflexionar moralmente.

Lo esencial en el modelo mixto que propongo es el entrelazamiento de la desaprobación y la imposición del mal (cfr. supra. 5.2). Es el mal con el que se amenaza, y no sólo las pretensiones derivadas del principio de culpabilidad, quien expresa el reproche y al mismo tiempo sirve como disuasión. Si al autor se le impone un mal, precisamente en ello está el reproche que sólo está justificado si el autor actuó culpablemente, por lo que han de respetarse las exigencias materiales del principio de culpabilidad. Si la medida de la sanción se modifica, se varía también el grado de desaprobación expresado, este cambio sólo estaría justificado cuando se correspondiera con la gravedad del hecho punible, por ello, tal como se ha razonado en otro lugar<sup>36</sup>, el principio de proporcionalidad ha de ser respetado. Si este entrelazamiento está claro resulta infundado el miedo a caballos de Troya.

### 6. REPROCHE, PREVENCIÓN Y CAPACIDAD DISCURSIVA

Una objeción central contra las teorías puramente preventivas señalaba, como ya se mencionó, que éstas no respetaban la competencia de actuación moral del autor<sup>37</sup>. El modelo de reprobación propuesto pretende evitar esta dificultad. Al autor, confrontado con la desaprobación de su comportamiento, se le ofrece la posibilidad de reaccionar mediante un comportamiento moralmente orientado, como por ejemplo el reconocimiento del injusto realizado. Al actor se le censura por su comportamiento, juzgado reprochable, y no porque se alcance en otras personas una mayor disposición a la fidelidad normativa, como piensan los defensores de la prevención integradora<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> VON HIRSCH (not. 24), 15 s y not. 2; vid. también HORNLE (not. 31), 137 s.

<sup>37</sup> Vid. infra. 3.1.

<sup>38</sup> Vid. infra. 3.1 y 3.4 y de forma exhaustiva HORNLE/VON HIRSCH (not. 7), 91-99. Debe diferenciarse entre reproche, en el sentido expresado, y estigmatización que sirve para inducir la advertencia pública por el delito y su autor. Las teorías estigmatizadoras son susceptibles de tratar al autor como simple herramienta para expresar este mensaje y rechazar totalmente a los principios de «juego limpio». Sobre la base de esta última perspectiva algún penalista norteamericano ha abogado por penas humillantes, en las que las exigencias de proporcionalidad deben quedar totalmente al margen (KAHAN, *University of Chicago Law Review*, 63 (1996), 591 ss).

Aunque el reproche penal, en la forma descrita, supone un comunicado moral con el autor, tiene un cierto carácter autoritario. Qué es un comportamiento inaceptable, qué reglas procesales han de seguirse para declarar la culpabilidad del autor y qué causas de justificación y exculpación van a tener cabida, es establecido enteramente por el Estado y no mediante el libre intercambio de argumentos entre el autor y las instancias censoras. En cuanto que esto es así, el discurso penal no cae dentro del ámbito del modelo del discurso libre de dominio de Habermas<sup>39</sup>.

Este carácter autoritario es compartido de algún modo por otras instituciones sociales, cuya tarea es ocuparse del límite entre comportamientos permitidos y no. Si por ejemplo una universidad impone una sanción disciplinaria contra un miembro de una facultad como consecuencia de un comportamiento desaprobado, adopta con ello una decisión relativa a las actuaciones que considera inaceptables; por ello no se trata de cuestiones que han de ser decididas en un discurso libre entre las autoridades académicas y el afectado<sup>40</sup>. Este grado de autoritarismo es necesario si quieren ofrecerse normas de comportamiento duraderas y fiables.

Sin embargo este momento autoritario en la imposición de una sanción no impide por sí su carácter de comunicación moral. El hecho de que puedan ofrecerse razones por las que un comportamiento se considera equivocado; que exista un espacio abierto para las reclamaciones de justificación o exculpación y que la imposición de la pena se configure con el fin de comunicar la desaprobación al autor, pero de modo tal que le invite a reflexionar sobre la corrección de su comportamiento, muestra que éste es tratado como persona, cuyas actuaciones han de conducirse por razones morales.

Pero, ¿dado que la justificación del mal es parcialmente preventiva (vid. 5.2.) y tal como se dijo una argumentación de este tipo olvida tratar a la persona como actor moral (v. 2.1.), podría realizarse un reproche similar contra ésta justificación que incluye un elemento preventivo en el seno de un concepto orientado al reproche?

La respuesta depende de la amplitud con que se conciba el marco de la actuación moralmente orientada. Según el punto de vista kantiano tradicional, únicamente se actúa moralmente si las razones que el autor toma en cuenta y ofrece son exclusivamente morales. La introducción de cualquier consecuencia ventajosa o desventajosa, ya sea en forma de estímulo o de desaliento, privaría al motivo de actuación de su carácter moral esencial. Esta perspectiva ideal resulta poco provechosa, cuando se está reflexionando acerca del modo

<sup>39</sup> HABERMAS en, *Festschrift für Walter Schulz*, 1974, 101 ss. Este aspecto, el proceso penal no puede estar libre de dominio, ha sido desarrollado por HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 121 s.

<sup>40</sup> Vid. HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 94 s.

en que el derecho penal ha de tratar a los hombres, reales y fallibles, que componen la sociedad.

En el modelo que he propuesto, el papel desempeñado por la imposición del mal (vid. 5.2.), parte de una representación más modesta de la acción moral. A mi juicio, cuando el Estado requiere del autor razones normativas, aunque no sean las únicas, en la realización de un comportamiento exigido lo trata como persona que actúa moralmente. Un modelo puramente intimidador no cumpliría con esta condición: el autor sería informado que debe obedecer o atenerse a las consecuencias, pero no ofrece ningún argumento normativo de por qué debe someterse. En el modelo que propongo por el contrario al autor se le aportan dos argumentos. Mediante el reproche que contiene la sanción al autor se le comunica que su comportamiento es censurable y debe ser evitado. Ha de admitirse que ésta no tiene por qué ser la única razón: la reacción de reproche se expresa a través de la imposición de un mal que actúa como «prudential reason» frente las de tentaciones de ejecutar el comportamiento pese a su incorrección. Mas el modelo propuesto toma en serio la capacidad de acción moral, si se acepta la concepción del hombre mantenida, como actor fallible, capaz de orientarse moralmente pero a la vez necesitado de ayuda para vencer las tentaciones.

Más arriba me ocupé de las razones por las que la prevención puede ser una razón legítima y fundamentadora de la existencia de pena, sin embargo aún no me he ocupado de la severidad del nivel de penas en su conjunto. Cuando la escala de penas resulta considerablemente elevada, las razones normativas aportadas por el reproche penal para la omisión del comportamiento podrían ser dominadas por la intimidación y de este modo disminuir su importancia práctica. Esto implica que el nivel general de las penas ha de mantenerse bajo, tal como en otro lugar he mostrado más detenidamente<sup>41</sup>.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

La dicotomía absoluto/relativo ha impedido un análisis de la justificación de la pena, pues requieren que ésta o bien haya de ser exclusivamente preventiva o bien deontológica y retributiva. Ninguno de los modelos puros nos satisface. Los preventivos no aportan ninguna fundamentación convincente de los límites que impone el principio de culpabilidad al derecho penal material y a la determinación de la pena; además ofrecen una explicación

<sup>41</sup> VON HIRSCH (not. 24), Cap. 5; VON HIRSCH (not. 2) (Huchenbach-Huch)

exclusivamente instrumental de las razones para comportamientos buenos y no tratan al autor como actor capaz de realizar reflexiones morales (v. 3). Las teorías puramente retributivas tienden a ofrecer explicaciones oscuras de los elementos de la causación del mal en la pena y no proporcionan ninguna justificación adecuada de la competencia estatal. Probablemente una mayor perspicacia podría superar estas dificultades, pero en cualquier caso el camino no está suficientemente claro.

La institución de la sanción penal tiene, a primera vista, tanto elementos preventivos como deontológicos. El elemento de censura, la crítica al autor como consecuencia de su comportamiento, contiene una apelación moral al actor como persona capaz de consideraciones morales. Este elemento no puede reducirse a mera prevención. Sin embargo, la sanción penal posee otra característica, el ser obstáculo de lesiones futuras y el modo y forma en que amenaza con consecuencias desfavorables, que obviamente algo tiene que ver con la prevención. Por ello, el análisis más convincente es el que parte de la corrección de un modelo mixto, que contiene elementos de ambos tipos.

En este ensayo he desarrollado un análisis del reproche penal el cual convierte a esta reacción en deontológica: como apelación normativa, dirigida a un actor que es considerado susceptible a consideraciones morales. Este carácter de censura es el que justifica los límites requeridos por el principio de culpabilidad en el derecho penal material y por el principio de proporcionalidad con el hecho, en el derecho de medición de la pena.

A la causación de un mal la he descrito como un «desaliento» ante la realización de hechos punibles que actúa en el interior de un concepto general orientado al reproche. A mi juicio, la razón para introducir este «desaliento», en vez de reaccionar únicamente mediante un reproche simbólico, a mi juicio, es preventiva: la pena debe también servir para ayudar al hombre, ser capaz de orientarse moralmente, pero también falible, a vencer la tentación de lesionar a otros<sup>42</sup>. He tratado de explicar por qué el reconocimiento de este limitado rol preventivo permite mantener los límites que para la punibilidad se derivan del

42. Mi propuesta coincide con ello una modificación en la terminología de la prevención. En la discusión tradicional la prevención general se concibe o bien «negativamente» (conaminada a intimidar a los autores potenciales e inducirlos a la conformidad) o bien «positivamente» (en cuanto destinada a apelar a la representación moral del ciudadano, pero con el fin de asegurar su disposición al cumplimiento de las normas). A mi juicio, el elemento negativo de la prevención general contiene un «desaliento» en relación a la lesión, uno entre los múltiples estímulos y contraestímulos que se le ofrecen hombre en su vida cotidiana. Este desaliento no se sustenta únicamente en el temor, sino que está íntimamente vinculado con el mensaje normativo, que se contiene en el carácter de reproche de la pena (vid. infra 5.2). Mi propuesta contiene también un elemento de prevención general positiva, en el mensaje normativo, desistir de al realización del delito, que se expresa en el tratamiento devaluado del comportamiento criminal (vid. infra nota 26). Sin embargo la legitimación de este mensaje reside finalmente en el juicio moral que se realiza a través del reproche por el comportamiento antijurídico.

principio de culpabilidad, como la necesidad de un comportamiento culpable, y el principio de proporcionalidad con el hecho. Ulteriormente he intentado explicar por qué la introducción de este elemento preventivo no cuestiona el carácter de la reacción como apelación a la competencia moral del actor.

La justificación de la pena por la que se ha optado se ha presentado en este lugar como posible base de discusión, cuya crítica podría encontrarse en incoherencias y lagunas en la argumentación que haya podido pasar por alto. Algunos aspectos de este modelo requieren de un análisis más detallado como, por ejemplo, el rendimiento del concepto de comunicación moral, que he utilizado (infra. 6) en lugar de la estricta concepción kantiana. En la discusión de este problema ha de abordarse en serio uno de los temas centrales de la «Escuela de Frankfurt», a la que está dedicada esta obra: la interacción entre puntos de vista normativos y pragmáticos. Las instituciones penales requieren una justificación normativa y no únicamente instrumental; si bien estos argumentos deben dirigirse a una concepción de la pena como institución social, mediante la que el Estado ejercita su violencia y que se orienta al fin pragmático del bienestar de los ciudadanos.