

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

**MATERIALES DE LECTURA III
Teoría de la Pena**

**Profesor Luís Ortiz Quiroga
Ayudante Rafael Collado González
Periodo 2do semestre 2009**

Lecturas Obligatorias

1. Roxin Claus, *Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Editorial Reus, (1976) p. 20 – 36
2. Jakobs, Günther, *Sobre la Teoría de la Pena*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, (1998) p. 9 – 34
3. Gómez Jara – Diez, Carlos, *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?*, Editorial InDret, Barcelona. (2008), 31 páginas.
4. von Liszt, Franz, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Editado por Universidad de Valparaíso - EDEVAL (1984) p. 111 – 135.
5. Durán Manuel, *Prevención Especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y fundamentación de la Pena*, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 13, Gendarmería de Chile, (2008), 26 páginas.
6. Zaffaroni, Raul, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Editorial Ediar, (2002), p. 41 – 73.

Lecturas Sugeridas

1. Kant, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres*, fragmentos escogidos.
2. Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, Editorial Caridad, Buenos Aires, (1968).

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Munich

PROBLEMAS BASICOS DEL DERECHO PENAL ✓

Pag. 11-36.

Traducción y notas por

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Profesor Ayudante de
Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid

REUS, S. A.

MADRID

1 9 7 6

Sentido y límites de la pena estatal*

A

La pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea, nueva, en todas las épocas. En efecto, no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica: ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal; de ahí que no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados.

Con frecuencia no se ve lo suficientemente claro esta tarea. Aprendemos y enseñamos las «teorías de la pena» transmitidas a través de los siglos, como si se tratara de respuestas acabadas a una pregunta invariable. De este modo la temática recibe algo no forzosamente respetable, el estímulo estético-filosófico del bien de la formación, invocado siempre en la hora reflexiva de la lección; mientras que en realidad se trata del difícil trabajo sobre una problemática de la sociedad y del Estado de Derecho acomodada a las peculiaridades de hoy. Así pues, desde ese punto de vista, y no con la intención de transmitir el saber por mera repetición, es desde donde tenemos que examinar críticamente y con toda brevedad las soluciones desarrolladas en el pasado. Si se reduce la ilimitada literatura filosófica y jurídica a sus

* Publicado por primera vez en: JuS 1966, p. 377 ss. El fin del presente artículo es proporcionar al estudiante una primera visión de la problemática, familiarizarle con los argumentos esenciales y estimularle a seguir pensando por sí mismo y a la discusión. Las indicaciones de literatura se limitan —junto a la cita de algunos textos «clásicos»— a publicaciones de los últimos años, que son fácilmente asequibles al estudiante, y que debería consultar. Esas referencias no significan que los autores citados en las notas a pie de página coincidan en todo caso con la concepción aquí sustentada.

posiciones fundamentales, resulta que hasta hoy no se han propuesto más que tres soluciones a nuestra pregunta inicial¹.

1. La primera respuesta la da la llamada «teoría de la retribución». Para ella el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal. La justificación de tal procedimiento no se desprende para esta teoría de cualesquiera fines a alcanzar con la pena, sino sólo de la realización de una idea: la justicia. La pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia. KANT² lo ha formulado del modo más expresivo: «Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse (p. ej. el pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo), tendría que ser ejecutado antes el último asesino que se hallara en la cárcel, para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen, y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no ha insistido en su castigo»³. La conocida fórmula dialéctica de HEGEL sobre la esencia de la pena como una negación de la negación del Derecho⁴ —tal como ha surtido efecto históricamente— significa exactamente lo mismo: El delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el Derecho lesionado. Asimismo, la teología cristiana de ambas confesiones sustenta predominantemente, hoy como ayer, este punto de vista, considerando la realización de la justicia como mandato de Dios, y la pena como ejecución de la función judicial divina.

La circunstancia de que aquí concurren en una poderosa corriente la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana, que han modelado en el siglo pasado, penetrándola de múltiples maneras, la cultura de la burguesía alemana, es en definitiva la causa de que la teoría de la retribución haya dominado siempre en Alemania y todavía hoy cuente con el mayor número de adeptos.

Es incuestionable que asimismo la idea de la compensación retributiva, al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena, tiene una fuerza triunfalmente sublime, a la que es muy difícil sustraerse. Con ella, sin embargo, no se podría justificar honradamente la pena estatal. Mencionaré tres razones en contra:

1. En verdad, la teoría de la retribución presupone ya la necesidad de la pena, que debería fundamentar. Pues si su significado estriba en la

¹ En general sobre las teorías de la pena, concretamente sobre las cuestiones de culpabilidad y retribución: NIEDERSCHIFFEN: über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, I, 1956, p. 29; XII, 1959, p. 43; PREISER: Festschr. f. Mezger, 1954, p. 71; BOCKELMANN: Schuld und Sühne, 2.^a ed. (1958); STRATENWERTH: Ev. Theologie 1958, 337 ss.; Schuld und Sühne, Dreizehn Vorträge über den deutschen Strafprozess, editado por Freudenfeld, 1960; ARTHUR KAUFMANN: Das Schuldprinzip, 1961; NOLL: Die ethische Begründung der Strafe, 1962; SCHMIDHÄUSER: Vom Sinn der Strafe, 1963; Schuld, Verantwortung, Strafe, edit. por FREY, 1964; BAUMANN: JurBI 1965, 113.

² Die Metaphysik der Sitten, § 49 EI, Kant-Studiengabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft IV, 1956, p. 455.

³ Cfr. en particular sobre esto NAUCKE: Schliemann 1964, 203 (en similitud con la metáfora de la fórmula se encuentra en el § 104 de los «Grundlinien der Philosophie des Rechts»;

⁴ La fórmula se encuentra en el § 104 de los «Grundlinien der Philosophie des Rechts», por lo demás la teoría de HEGEL del Derecho penal es citada en los §§ 80-103 de esa obra. Cfr. sobre ello recientemente (desde un punto de vista marxista) la traducción alemana de la obra rusa de PROKOROWSKI: Hegel und die Grundlinien der Philosophie des Rechts, editado por Prokhorowski, 1960.

compensación de la culpabilidad humana, no se puede referir con ello en serio a que el Estado tenga la tarea de retribuir con la pena toda culpabilidad⁵. Cada uno de nosotros se hace culpable frente a su prójimo de muchas maneras, pero no por ello se nos castiga. Y también la culpabilidad jurídica acarrea consigo consecuencias de tipo diverso, como por ejemplo un deber de indemnización de daños, pero sólo en muy raras ocasiones una pena. La teoría de la retribución, por tanto, no explica en absoluto cuándo se tiene que penar, sino que dice tan sólo: «Si imponéis —con los criterios que sea— una pena, con ella tenéis que retribuir un delito.» Queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar. Así pues, la teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite, en cuanto al contenido, a la potestad penal estatal. No impide que se incluya en el Código penal cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, efectivamente se la castigue; en tanto en cuanto, da un cheque en blanco al legislador. Así se explica también su aplicabilidad, que ha perdurado a cualquier cambio constitucional desde el absolutismo hasta hoy, y que revela desde este punto de vista no sólo una debilidad teórica sino también un peligro práctico.

2. Con respecto al segundo argumento en contra puedo ser breve: Incluso si se afirma sin restricciones la facultad estatal de penar formas de conducta culpables, sigue siendo insatisfactoria la justificación de la sanción penal mediante la idea de la compensación de la culpabilidad. Pues, como es sabido, la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, como conceden incluso los partidarios de la idea de retribución, es indemostrable.⁶ Ciertamente las recientes investigaciones antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre (al contrario que en el animal) y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales principalmente. Pero la cuestión de si es posible una decisión que elija libremente frente a los factores de determinación, que se hacen así incalculablemente diversos, es como mínimo irresoluble, dado que apenas sabemos nada sobre los procesos microfísicos del cerebro humano. E incluso aunque se quisiera afirmar la libertad de voluntad como tal, con ello aún no se habría respondido afirmativamente a la pregunta decisiva en el proceso, de si ese hombre concreto podría haber obrado de otro modo en esa precisa situación; a esa pregunta, como sin rodeos lo manifiestan eminen-

⁵ Cfr. especialmente sobre ello SCHMIDHÄUSER, pp. 40 ss.

⁶ Sobre la reciente discusión sobre la libertad de voluntad y su importancia para el Derecho penal: NOWAKOWSKI: Festschr. f. Rittler, 1957, p. 55; ENGEL: Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.^a ed. (1965); ROEDER: JurBI 1964, 229; HILDE KAUFMANN: JZ 1962, 193; A. E. BRAUNECK: MSchrKrim 1963, 193; MANGAKIS: ZStW 75, 119.

tes psiquiatras y psicólogos, es imposible contestar con medios científicos⁷. Así, por ejemplo, la exposición de motivos de nuestro Proyecto de Código penal de 1962 dice solamente que la ley se «declara partidaria» de la suposición «de que hay culpabilidad humana y de que puede ser comprobada y medida. Y tampoco la ciencia», se dice en aquella, «puede privar de fundamento a la convicción de que existe culpabilidad en el actuar del hombre. Recientes investigaciones admiten la posibilidad». Así pues, según sus propias palabras, el legislador justifica la pena sólo con una hipótesis que, aunque no refutada, tampoco es verificable. Sin embargo, si va en perjuicio del ciudadano, no basta una suposición de este tipo para explicar el detecho a intervenciones tan graves.

3. Aun cuando se quisiera considerar que el alcance de las penas estatales y la culpabilidad humana quedan suficientemente fundamentados con la teoría de la expiación, quedaría una tercera objeción, a saber: que la idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena. Ciertamente está claro que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humano, del que ha surgido históricamente la pena; pero que la asunción de la retribución por el Estado sea algo cualitativamente completamente distinto a la venganza, el que la retribución quite «la culpa de la sangre del pueblo», expie al delincuente, etc., todo esto es concebible sólo por un acto de fe, que, como según nuestra Constitución no le puede ser impuesto a nadie, no es válido para la fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal.

Tampoco puede cambiar nada de esto el invocar el mandato de Dios. Pues, como es sabido, nuestras sentencias no son pronunciadas en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo. Por ello ya no es admisible en una época que deriva todo poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes. Además no me parece que se corresponda tampoco con la esencia de una verdadera religiosidad. Pues ¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios, como para podernos arrojar la capacidad de expresar con nuestras sentencias no sólo el honrado esfuerzo de nuestra defectuosa justicia terrena, sino simultáneamente la voluntad de Dios? El «No juzguéis, para que no seáis juzgados» bíblico es, entendido así, precisamente un veto contra la híbrida creencia de conocer el juicio divino sobre la culpabilidad humana y poder ejecutarlo⁸.

Resumiendo en una frase las tres razones: La teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimien-

to de fe irracional y además impugnable, no es vinculante. Tampoco cambia nada de ello la sustitución, que a menudo se encuentra en las exposiciones recientes, de la idea de retribución, que recuerda demasiado al arcaico principio del talión, por el concepto tornasolado de la «expiación»⁹. Pues en tanto no se alude con ella sino a una «compensación de la culpabilidad» legitimada estatalmente, subsisten íntegramente las objeciones contra una «expiación» de este tipo. Si por el contrario se entiende la expiación en el sentido de una purificación interior conseguida mediante el arrepentimiento del delincuente, se trata entonces de un resultado moral, que más bien puede verse impedido, pero que en cualquier caso no se puede obtener con la fuerza, por la imposición de un mal¹⁰.

II. La segunda solución, a la que se tiene que dirigir nuestra crítica, es la teoría de la llamada prevención especial. Esta no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor.

Ello puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que hoy llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable; y, finalmente, haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables. Esta teoría, en su forma moderna, procede de la época de la Ilustración; retrocedió en el siglo XIX, por las causas mencionadas al principio, ante la teoría de la retribución, pero hacia finales de aquel resurgió con fuerza gracias al penalista FRANZ V. LISZT¹¹ y su escuela. Mientras que en Alemania volvió a retroceder a continuación frente a la teoría de la retribución, actualmente en el extranjero ha cobrado una gran influencia, a veces dominante, gracias al movimiento internacional de la «defensa social»¹².

La idea de un Derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, séduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social. Pero así como es clara en sus metas, no da, en cambio, una justificación de las medidas estatales necesarias para su consecución. En ello radica un serio punto débil de esta teoría, que resumiré en tres objeciones:

1. Al igual que la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial tampoco posibilita una delimitación del *ius puniendi* en cuanto a su contenido. Pues no es sólo que todos somos culpables, sino que además todos necesitamos corregirnos. Ciertamente que según esta concepción, el esfuerzo terapéutico-social del Estado debe dirigirse de antemano sólo

⁹ Cfr. sobre ello en sentido crítico E. SCHMIDT: Materialien zur Strafrechtsreform, I, Gutachten der Strafrechtslehrer, p. 9; el mismo: ZStW 67, 177.

¹⁰ A este fin, si es que es posible conseguirlo mediante intervención externa, podrían ser más útiles medidas terapéuticas-sociales, como las que prevé la teoría de la prevención social, que a continuación se discute.

¹¹ Lo más adecuado y asequible como introducción es el famoso trabajo de Liszt: «Der Zweckgedanke im Strafrecht» —el llamado «Programa de Marburg» (1883)—, que ahora ha vuelto a editar ERIK WOLF, algo abreviado, en la serie «Deutsches Rechtstendenzen» (tomo 11).

¹² ANCEL: MSchrKrim. 1956, separata, p. 51; WÜRTENBERGER: MSchrKrim. 1956, separata, p. 60; HILDE KAUFMANN: Festschr. f. v. Weber, 1963, p. 418.

⁷ Cfr. sobre ello últimamente BOCKELMANN: ZStW 75, 372.

⁸ Sobre lo discutible de reproches morales en boca del juez, cfr. también A. E. BRAUNECK: MSchrKrim 1958, 129.

contra los inadaptados en extrema medida a la sociedad. Pero el punto de partida sigue siendo suficientemente peligroso. Por ejemplo, a un régimen en el poder le hace posible el someter a «tratamiento» penal, en calidad de inadaptados socialmente, a enemigos políticos. Pero incluso si se dirige la vista sólo a los «asociales» en sentido tradicional, con los mendigos, vagabundos, vagos, prostitutas y otras personas indeseables para la comunidad van a parar a la esfera del Derecho penal grupos de personas, cuyo tratamiento como criminales apenas se puede fundamentar en un orden jurídicopenal como el que tenemos, dirigido al hecho aislado. La idea de prevención especial tampoco posibilita delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida. Desde el punto de vista de un Derecho penal correccionalista ni siquiera se puede hacer inteligible la vinculación a descripciones exactas del hecho ni la exclusión de la analogía. En una palabra: la teoría de la prevención especial tiende, todavía más que un Derecho penal de la culpabilidad retributivo, a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal.

Cierto que las consecuencias aludidas sólo las han extraído los representantes más radicales de esa teoría. La mayoría de ellos sigue aferrada al Derecho penal del hecho, a la precisión del tipo y a la exactitud de la pena. Pero esto precisamente muestra que los defensores de la teoría de la prevención especial no pueden explicar desde su punto de partida los fundamentos por ellos propugnados del Derecho penal vigente. Por lo tanto, también ellos dan por supuestos la extensión y límites del *ius puniendi* estatal, que deberían fundamentar.

2. Contra la concepción de la prevención especial se ha alegado con frecuencia una segunda objeción, que todavía no se ha refutado concluyentemente. Consiste en que, aun en los delitos más graves, no tendría que imponerse la pena si no existe peligro de repetición. El ejemplo más contundente es en este momento el de los asesinos de los campos de concentración, algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto no necesitan de «resocialización» alguna; tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos. ¿Realmente por ello deben quedar impunes? Por lo demás, el problema es independiente de esta constatación histórica. También en otros casos se dan graves delitos de sangre (e igualmente, por supuesto, otros delitos) frecuentemente debidos a motivos y situaciones irrepetibles. Nadie, sin embargo, extrae en serio la consecuencia de la impunidad. Pero la teoría de la prevención especial no puede dar la obligada fundamentación de la necesidad de la pena en estos casos.

3. Y en tercer lugar, es cierto que la idea de la corrección indica un

fin de la pena, pero de ningún modo que contenga en sí misma la justificación de ese fin, como creen la mayoría de los partidarios de esta teoría. Más bien hay que preguntar: ¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad —bien se piense en mendigos o prostitutas, bien en homosexuales— del modo que deseen? La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos, ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes? Preguntas tales suenan algo provocadoras. Pero con ello sólo se prueba que la mayoría de la gente considera como algo evidente el que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante. Pero en qué medida existe en un Estado de Derecho una facultad para esto, es el verdadero problema, que de antemano no puede resolver la concepción preventivo-especial, porque cae fuera de su campo visual.

Expresándolo en una frase: La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones.

III. La tercera de las respuestas tradicionales a nuestra pregunta inicial ve el sentido y fin de la pena, no en la influencia —sea retributiva, sea correctiva o asegurativa— sobre el autor mismo, sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad, en la llamada prevención general.

Esta teoría tiene en ANSELM V. FEUERBACH, el fundador de la ciencia alemana moderna del Derecho penal, su más famoso representante, que a principios del siglo XIX basó su influyente sistema, muy consecuentemente, en el pensamiento de la intimidación general. Pero hoy en día la concepción de la prevención general no ha perdido en absoluto importancia. Si en la exposición de motivos de nuestro Proyecto de Código penal de 1962 puede leerse tanto sobre la «fuerza modeladora de las costumbres» de la pena, y si, como ha sucedido recientemente, el legislador ha aumentado de modo drástico las penas para la embriaguez al volante y otros delitos de tráfico, detrás de todo ello está siempre la idea de que con ayuda del Código penal se puede motivar a la generalidad a comportarse con arreglo al orden, esto es, una consideración declaradamente preventivo-general.

Por muy evidente que le pueda parecer todo esto al sano entendimiento humano, al observador crítico le vienen a mano rápidamente argumentos en contra:

¹³ Su «Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts» apareció por última vez en la 14.ª ed. (1847). La Wissenschaftliche Buchgesellschaft prepara una reimpresión de esa edición. Sobre los fundamentos teóricos de la teoría de Feuerbach, últimamente NAUCKE: Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; además HARTMANN: P. J. A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschaungen, 1958. Biografía: RADBRUCH: P. J. A. Feuerbach, ein Juristenleben, 2.ª ed. (1957).

1. En primer lugar, también aquí queda sin resolver, frente a qué comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar; la doctrina de la prevención general comparte con las teorías de la retribución y de la corrección este punto débil, a saber, que queda sin aclarar el ámbito de lo punible. A ello se añade una ulterior objeción: Así como en la concepción preventivo-especial no es delimitable la duración del tratamiento terapéutico-social y en el caso concreto puede sobrepasar la medida de lo defendible en un orden jurídico liberal, el punto de partida preventivo-general tiene en general tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Si durante la guerra se dictaron las penas más graves, incluso sentencias de muerte, a delitos insignificantes, esto sucedió indudablemente por motivos de prevención general. Ahora bien, si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio, algo así no puede ser conforme a Derecho. La prevención general necesitaría, por tanto, una delimitación, que no se desprende de su punto de partida teórico.

2. El siguiente argumento en contra estriba en que en muchos grupos de delitos y delinquentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto de prevención general de la pena. Se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deja influir por la amenaza de pena, pero en todo caso esto no ocurre con delinquentes profesionales ni tampoco con delinquentes impulsivos ocasionales. En delitos graves, como delitos contra la vida o la (moralidad) la fuerza intimidatoria de las amenazas penales (incluso de la pena de muerte, p. ej.) es especialmente escasa. Las crueles penas de muerte y corporales de los siglos pasados, como imponer el suplicio de la rueda o descuartizar y cortar a hachazos miembros del cuerpo, no han podido disminuir la criminalidad. En resumidas cuentas, cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. Ciertamente a esto se puede objetar que, según la naturaleza de las cosas, sólo resultan visibles los casos en que la intimidación fracasa y no aquellos en los que ha tenido éxito. Pero prescindiendo de que, por las causas citadas, este éxito sea dudoso en muchos delitos, es que además sería paradójico en cierto modo que el Derecho penal no tuviera significación alguna precisamente para los delinquentes, es decir, los no intimidados y quizás sencillamente inintimidables, y que no hubiera de prevalecer y legitimarse frente a ellos también.

3. Ello nos lleva a la tercera y más importante objeción contra la prevención general. ¿Cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros? Aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal. Ya KANT lo criticó por atentar contra la dignidad humana, e hizo constar que el individuo no puede «ser manejado nunca como medio para las intencio-

nes de otro, ni mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo que protege su connatural personalidad»¹⁴. Y, efectivamente, para un ordenamiento jurídico que no considere al individuo como objeto a disposición de la coacción estatal ni como material humano utilizable, sino como portador, completamente equiparado a todos los demás, de un valor como persona, previo al Estado y que debe ser protegido por éste, tiene que ser inadmisibles tal instrumentalización del hombre.

La teoría de la prevención general, por tanto, está expuesta a similares objeciones de principio que las otras dos: Ni puede fundamentar el *ius puniendi* estatal en sus presupuestos ni limitarlo en sus consecuencias; es discutible políticocriminalmente y carece de legitimación que concuerde con los fundamentos del ordenamiento jurídico.

IV. Con ello nuestro examen crítico de las teorías de la pena ha puesto de manifiesto un cuadro poco alentador. Ninguna de ellas resiste la crítica. El que en la práctica sea facultativo escogerlas muestra ya lo menguante de su vitalidad. Nuestro Derecho penal, tal como se nos presenta en su aplicación diaria, no se ve confirmado ni obstaculizado seriamente por ninguna de estas concepciones. Es cierto que de ningún modo han quedado ocultos los puntos débiles de cada una de las teorías, pero no se los ha superado, sino que con resignado eclecticismo se ha alzado sobre el pavés a la llamada teoría unificadora, que combina las tres versiones entre sí. Así se dice en la Exposición de motivos de nuestro Proyecto de Código penal de 1962¹⁵:

«El Proyecto no ve el sentido de la pena sólo en que compense la culpabilidad del delincuente. Junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer al orden jurídico. Además sirve a determinados fines políticocriminales, en primer término al fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no cometan tales hechos. Y puede lograrse de modo más duradero, actuando sobre el delincuente para volverle a ganar para la comunidad. Todos estos fines se consiguen en parte por sí mismos mediante la pena. Pero en el caso concreto se puede también procurar de modo especial conseguirlos con la clase y medida de la pena.»

Sin embargo, no nos podemos dar por satisfechos con una acumulación de posibilidades de actuación, tal como propugna teóricamente el Proyecto. Ciertamente la teoría unificadora se basa en haber percibido acertadamente que cada una de las concepciones contiene puntos de vista aprovechables, que es erróneo convertir en absolutos. Pero el intento de subsanar estos defectos yuxtaponiendo simplemente tres concepciones distintas tiene por fuerza que fracasar; ya que la mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo. Los efectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican. Esto no es sólo inaceptable teóricamente, sino muy

¹⁴ Metaphysik der Sitten, § 49 E 1, Studienausgabe, p. 453.

¹⁵ P. 96.

grave desde el punto de vista del Estado de Derecho. Si esta anomalía no se ha puesto de manifiesto más claramente aún en la práctica del Derecho, ello se debe a que los tribunales tienen ampliamente en cuenta las decisiones valorativas constitucionales y las exigencias de razón sociopolítica, sin aprovechar el ámbito de juego que se les ofrece por la teoría unificadora. Precisamente por ello, las cuestiones fundamentales jurídicopenales se discuten hoy en su mayoría sin relación con las teorías de la pena, que de ese modo amenazan perder su actualidad práctica. No podemos, empero, renunciar a una concepción teórica cerrada del Derecho penal, porque sólo ella nos puede ofrecer una medida para las numerosas propuestas que surgen en la discusión de la reforma, y porque cada regulación concreta sólo puede cobrar significación dentro del todo y sólo según ello ser valiosa o inútil. Tenemos, por tanto, que intentar contestar ahora nosotros mismos, en la medida en que es posible en el marco de una breve aportación, a la pregunta de nuestro tema.

B

Nuestro punto de partida es que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado. En este punto hay que tener ciertamente en cuenta que los distintos estadios de la realización del Derecho penal se estructuran unos sobre otros y que, por tanto, cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente. La necesidad de esa consideración gradual se ha hecho patente ya en la breve ojeada que hemos dado. Cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho penal — la teoría preventivo-especial a la ejecución, la idea de la retribución a la sentencia, y la concepción preventivo-general al fin de las conminaciones penales — y desatiende a las demás formas de aparición de la potestad penal, aunque cada una de ellas lleve consigo intervenciones específicas en la libertad del individuo. Como hemos visto, queda fuera del campo visual de todas las teorías de la pena, el comprender que todos los párrafos, que de momento sólo están sobre el papel, ya requieren una legitimación suficiente aparte de la voluntad subjetiva del legislador. Y sin embargo está claro que, tanto la sentencia como el sistema penitenciario mejor, se les someten hombres sobre los que pesa injustamente la mácula de delincuentes.

I. Así pues, comenzamos con las conminaciones de pena, y preguntamos: ¿Qué puede prohibir bajo pena el legislador a sus ciudadanos?

En primer lugar, depende de qué campo de actuación le esté atribuido al Estado moderno. Hoy, como todo poder estatal procede del pueblo, ya

no se puede ver su función en la realización de fines divinos o trascendentes de cualquier otro tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar en corregir moralmente por medio de la autoridad a personas adultas, a las que sin embargo se concibe como no ilustrados intelectualmente e inmaduros moralmente. Su función se limita más bien a crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, exterior e interiormente, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales. Por lo demás no se puede discutir seriamente la reducción del poder estatal a ese fin, con todo amplio, pero completamente terrenal y racional, salvaguardada totalmente la libertad del individuo para conformar su vida; pues los hombres, por carecer ellos mismos de legitimación, no pueden dar poderes para otra cosa a los conciudadanos que han elegido para legislar y gobernar. Para el Derecho penal ello significa que su fin sólo se puede derivar del Estado y, por tanto, sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro. La justificación de esta tarea — aunque no la de todo medio aplicable para su consecución — se desprende directamente del deber que incumbe al Estado, de garantizar la seguridad de sus miembros.

Concretamente, en relación con nuestro tema esto significa que en cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos; y que el Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones. En el Estado moderno, junto a esa protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del Derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado. Mediante esa doble función, el Derecho penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado; ya que sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad, que nuestra Constitución considera como presupuesto de una existencia humana digna. De aquí se desprenden dos consecuencias muy importantes en relación al *ius puniendi*¹⁶ del Estado:

1. El Derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la Previsión Social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho civil o del Derecho público, ha de retraerse el Derecho penal. En efecto, para la persona afectada cada pena significa un menoscabo en sus bienes jurídicos, de efectos que llegan no po-

¹⁶ Cfr. sobre esto y lo siguiente, GALLAS: Heidelberg Jahrbücher, IX, 1965, p. 1.

Función
de la pena
en el Estado
moderno

Doble
función
del Derecho
penal
y el modo de
su realización
de pena

Doble
función
del Derecho
penal
y el modo de
su realización

cas veces al exterminio de la existencia, o que en cualquier caso restringen fuertemente la libertad personal. Por ello, y por ser la reacción más enérgica de la comunidad, sólo puede recurrirse a ella en último extremo. Si se la utiliza donde basten otros procedimientos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le falta la legitimación de la necesidad social, y la paz jurídica se ve perturbada por la presencia de un ejército de personas con antecedentes penales, en mayor medida que lo que pueda ser fomentada por la conminación penal. Vistas así las cosas, el bien jurídico recibe una doble protección: del Derecho penal y antes del Derecho penal que, empleado exageradamente, provoca precisamente las situaciones que quiere combatir.

En esta idea de subsidiaridad¹⁷, que, en mi opinión, se debe deducir directamente del sentido de la pena, hay ya comprendido todo un programa de política criminal, cuyo dibujo en detalles no es posible hacer aquí. Bastará con algunas sugerencias rápidamente esbozadas:

Según esto, no pertenece al Derecho penal la infracción contra meros preceptos de policía, bien se trate de prohibiciones de aparcamiento, bien de horario de cierre de comercio; para estos casos, basta con sanciones administrativas, que muy bien pueden ser multas. Asimismo no se deberían penar simples perturbaciones del orden público como desorden público grave; remediadas es tarea de la policía. También hay que poner reparos al método legislativo de proveer a todas las leyes posibles, sin más examinar la necesidad de hacerlo, de un «cinturón protector» jurisdiccional, decretando sencillamente al final de las mismas que será castigado quien infrinja las disposiciones precedentes. Además la asistencia social tiene prioridad en importancia: a las personas gravosas para la comunidad mencionadas anteriormente, como mendigos, vagabundos, etc., se las puede integrar con los medios de aquella mejor que con sanciones penales, que a menudo sólo consiguen llevar definitivamente al mal camino a tales personas en peligro de ello.

Se debería examinar de esta manera todo el orden jurídico, a fin de emplear el Derecho penal para proteger bienes jurídicos y asegurar metas de las prestaciones vitalmente necesarias sólo donde no basten para su consecución medios menos enérgicos. Naturalmente que esto presupone una amplia investigación de la realidad del Derecho, así como mucha reflexión sobre las sanciones extrapenales adecuadas. Pero si no nos tomamos ese trabajo ante la reforma del Derecho penal que nos incumbe, habremos omitido plantearle el Derecho penal una de las exigencias más urgentes del Estado de Derecho. Porque es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad.

¹⁷ Aquí se habla en general del «carácter fragmentario» del Derecho penal. (La expresión procede de BINDING). Sobre estas cuestiones, en los últimos tiempos especialmente H. MAYR: Strafreform für heute und morgen, 1962.

2. La segunda consecuencia de nuestra concepción es que el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de bienes jurídicos¹⁸.

El ejemplo típico es el actual § 175 del StGB, todavía mantenido por el Proyecto de 1962. En efecto, actos homosexuales realizados por hombres adultos de común acuerdo y sin publicidad, no dañan ni ponen en peligro a nadie, ni por tanto lesionan bien jurídico alguno*. La moral, aunque a menudo se suponga lo contrario, no es ningún bien jurídico —en el sentido en que hemos precisado su concepto deduciéndolo del fin del Derecho penal—. Pues si una acción no afecta al ámbito de libertad de nadie ni tampoco puede escandalizar directamente a los sentimientos de algún espectador, porque se la mantiene oculta en la esfera privada, el castigo entonces ya no tiene fin de protección alguno —en el sentido expuesto más arriba—. Por ello, impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho penal. Es decir, que el enjuiciamiento jurídico-penal no depende en absoluto de la cuestión, que la mayoría de las veces se pone en primer plano, de si una conducta así es más o menos reprochable moralmente.

El Estado tiene que salvaguardar el orden externo; pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar moralmente al particular. La Iglesia, que cuida de la salvación de almas y de la buena conducta moral de sus miembros, está en una situación completamente distinta; pero ella no hace venir su autoridad del hombre.

Desgraciadamente el legislador no siempre reconoce claramente esta innegable diferencia; aun en el Proyecto de 1962, en los preceptos comprendidos entre el tipo del trato sexual con animales (§ 218) y un párrafo de nueva creación sobre el «strip-tease», se pena toda una serie de meras contravenciones a la moral, que sin embargo no se pueden discutir ahora en detalle. Y la jurisprudencia es culpable de haber traspasado dichos límites incluso cuando el tenor de la ley no fuerza a ello. Según el § 181 I Nr. 2 del StGB se castiga con presidio a los padres que favorezcan la impudicia de sus hijos, p. ej., permitiendo que su hijo pase la noche con su amiga en una habitación de la casa paterna. Esta disposición comprende un bien jurídico totalmente digno de protección, cuando se trata de menores a los que sus padres deben guardar de perjuicios en su desarrollo (cierto que también a este respecto se podría preguntar si no son más adecuadas las medidas de asistencia social para impedir situaciones de ese tipo). Pero cuando el BGH¹⁹ extiende ese tipo delictivo a novios que ya esperan descendencia, y a hijos mayores de edad, porque debido a su procedencia cualquier persona sigue siendo hijo de sus padres toda su vida, con dicha interpretación del concepto de «hijo» está ampliando ese precepto, que en una interpretación correcta habría que limitar a la protección de la juventud, y llevándolo a la esfera de las meras infracciones a la moral; pues no se puede afirmar que los que van a ser padres y los hijos adultos todavía necesiten protección. Sería deseable que se impu-

* De un modo insuperable sobre estas cuestiones KARL KRAUS: Sittlichkeit und Kriminalität, 1908; ahora fácilmente asequible como libro de bolsillo de la Fischer-Bücherei; vol. 713. En la nueva literatura jurisdiccional H. JÄGER: Strafrechtsgehung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957. También es importante el volumen, de varios autores: «Sexualität und Verbrechen», Fischer-Bücherei, vol. 218/19.

* El texto está escrito en 1966. Pero posteriormente la primera Ley de reforma del Derecho penal (1. StrRG), de 25-6-1969, modifica el § 175 StGB, de modo que ahora sólo castiga la homosexualidad realizada con hombres adultos si el autor abusa de la relación de dependencia que frente a él tienen tales adultos o si el autor ejerce profesionalmente la homosexualidad; de lo contrario, sólo se castiga la homosexualidad practicada con menores de veintidós años. (N. del T.)

¹⁹ BGHSt. 17, 230.

Proscripción de sancionar las inmoralidades

Juliana BANO

Bapateln

siera la opinión de que dicha interpretación ni está permitida en un Estado de Derecho ni está amparada por la finalidad del Derecho penal.

Resumiendo, se puede retener, así pues, que las conminaciones penales sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos²⁰. En este ámbito el fin de las disposiciones penales es de prevención general. Con arreglo a la naturaleza de las cosas no puede ser de otra manera, porque aquéllas preceden temporalmente al sujeto al que se podrían imponer reacciones retributivas o de prevención especial. Las objeciones que hemos opuesto a que el aspecto de prevención general se convierta en absoluto, no existen si se lo aplica del modo propuesto. Pues todo lo que se puede aducir contra una medición de la pena efectuada desde puntos de vista de prevención general —que conduce a penas excesivamente duras y que no se puede justificar en cuanto a la persona del delincuente— no afecta aún en absoluto a las disposiciones penales como tales. En cambio, la objeción de que un fin de prevención general no es adecuado para limitar la potestad penal, es en sí convincente incluso respecto de las conminaciones penales, pero se invalida con nuestra restricción de esa finalidad a la protección de bienes jurídicos y prestaciones, así como con la subsidiariedad del Derecho penal al cumplir esas tareas. Y, por último, por lo que respecta a los argumentos contra la efectividad polítricroiminal de las prohibiciones jurídico-penales, hay que tener en cuenta que las conminaciones penales representan tan sólo la primera de las tres etapas de la eficacia del Derecho penal, las cuales en conjunto y sólo en conjunto agotan el sentido y la misión del Derecho penal. Además, se entiende de un modo demasiado estrecho el concepto de prevención general, si se la reduce a los elementos de amenaza e intimidación. Dicho concepto, ante todo, encierra la idea de que el Estado establece en el Código penal un orden protector obligatorio para todo ciudadano, que le garantiza los bienes jurídicos necesarios para su existencia y le dice qué actividades se le ordena bajo pena que omita. Pues en interés de la prevención general también se tiene que informar sobre el ámbito de lo prohibido a quien no necesita la intimidación. Esta es una exigencia inquestionable para todo Estado de Derecho, por estar contenida en el principio «nulla poena sine lege». Si se tiene presente todo ello, habrá que reconocer como válido y seguro en todas las direcciones nuestro primer resultado parcial, es decir, que las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección, preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones.

II. Con ello llegamos a la imposición y medición de la pena. Nada pa-

²⁰ GALLAS, p. 13, menciona ahora el martirizar animales como conducta merecedora de pena, aunque no supone lesión alguna de bienes jurídicos, sino «sólo un acto moralmente reprobable». Pero ¿no se tratará aquí de la protección de un bien jurídico, a saber, el sentimiento de dolor de los animales, por el que se interesa el ordenamiento jurídico por una especie de solidaridad de las criaturas?

rece más indicado que llevar el principio de la prevención general hasta introducirlo en la actividad judicial, ya que la fuerza de prevención general de los parágrafos quedaría en nada si no hubiera realidad alguna tras ella. Con arreglo a esa idea dice también FEUERBACH²¹ sobre la imposición de la pena: «El fin de la imposición de la misma es fundamentar la efectividad de la amenaza legal, en cuanto que sin ella esa amenaza sería vana (ineficaz)». Consecuentemente, el fin último de la imposición de una pena es, en su opinión, «asimismo mera intimidación de los ciudadanos por medio de la ley».

Si, como hemos hecho, se rechaza la retribución como fin de la imposición de la pena, no se puede discutir que hay un fondo acertado en esa deducción. Esto se ve claro especialmente cuando en el caso concreto queda excluida de antemano una finalidad de prevención especial, como p. ej. en los procesos anteriormente mencionados y hoy tan de actualidad, seguidos contra asesinos nacionalsocialistas. ¿Por qué tienen que ser castigados esos hombres, aunque ya no son peligrosos? ¡Traigamos a la memoria el famoso caso de la demostración de KANT, que lleva al extremo límite la problemática teórica del Derecho penal, y supongamos hipotéticamente por un momento que la población de la isla disolviera realmente su organización estatal y se dispersara por los cuatro vientos! Entonces creo yo que habría que dejar en libertad a esos asesinos y abandonarlos en manos de la justicia de Dios; pues su punición ya no podría servir para fines terrenes, únicos a los que el Derecho humano se tiene que constreñir. Ahora bien, como en la realidad nosotros seguimos viviendo juntos, tenemos que castigar a esos asesinos conforme a Derecho. Si no lo hiciéramos, el Estado estaría despreciando la garantía de vida de su ordenamiento jurídico, y cada futuro asesino podría ampararse en que si a esos otros no se les castiga, del mismo modo y en justicia, él tiene que escapar a la pena. Una protección que sólo se otorga según las circunstancias, ya no es una garantía jurídica, sino ejercicio de la arbitrariedad por parte del Estado.

La antiquísima idea de la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma como definitivamente válida y de un modo lapidario en la frase «el Derecho tiene que seguir siendo Derecho» (salmo 94,15), tiene su fundamento racional en estas consideraciones. Se trata de una razón de prevención general, aunque ciertamente tampoco se puede entender aquí este concepto en el sentido de mera intimidación, sino que hay que añadirle la significación, más amplia, de salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la comunidad. Naturalmente que todo esto, a más de en esas especiales constelaciones de casos, también es válido para delitos corrientes. Si la comunidad jurídica pasara por alto una vez un robo con fractura o un atraco a una caja de ahorros, todo futuro ladrón o atracador podría alegar en su favor que él también podrá cometer por lo menos un hecho de este tipo sin castigo; con ello, a la larga quedaría derogado el ordenamiento jurídico²².

Si, como se ha expuesto, también en la imposición de la pena conserva su validez la finalidad de prevención general que atiende a la protección del ordenamiento como un todo, se nos vuelven a presentar con igual fuerza las objeciones contra esta teoría, que al principio considerábamos justificadas, pero que refutamos con éxito al justificar las conminaciones de pena. Ciertamente no se puede desconocer que en la mayoría de los casos de im-

²¹ Lehrbuch, § 16 (p. 39).

²² Creo también que en ello estriba lo que sigue siendo válido del contenido de la concepción de HEGEL. La pena es «supresión del delito que, de lo contrario, se impondría, y es el restablecimiento del Derecho» (Rechtsphilosophie, § 99).

La prevención especial contiene un raspo
de "general".

posición de una pena late también un elemento de prevención especial, en cuanto que aquella intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y mantendrá a la sociedad segura de éste al menos durante el cumplimiento de la pena. Pero si se observa más exactamente, el componente de prevención especial de la sentencia penal también tiene un fin último de prevención general. Pues como quiera que los esfuerzos de resocialización en favor del sujeto sólo pueden comenzar con la ejecución de la pena, lo primero que la condena en sí misma hace efectiva es la dura restricción de la libertad del delincuente, una restricción que se hace no en interés suyo, sino en el de la comunidad, y que por tanto sirve a otros, no a él. No nos debe inducir a error la retórica idealista del beneficio que se le hace al delincuente con la punición, sino que hay que reconocer sencilla y sobriamente que el fin de aquella es la salvaguardia del orden de la comunidad, para poder preguntar sobre esta base si está justificado aplicar una pena al particular para conseguir esa meta.

Así pues, lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio; si, como afirma KANT, y con él gran parte de la doctrina hoy dominante, no se puede admitir bajo ningún pretexto —por ser contrario a la dignidad humana— que se dé cabida en la imposición de la pena a consideraciones de prevención general, no está nada clara su justificación. Quizás se trate en realidad solamente del poder del más fuerte. A esto se suma que con la fundamentación dada hasta ahora no podemos encontrar límite alguno a la duración de la pena, y que en cambio una sanción muy rigurosa fortalecería aún más claramente la inviolabilidad del ordenamiento jurídico. Pero ¿realmente puede considerarse conforme a Derecho tal sacrificio del particular en interés de la colectividad?

La respuesta negativa a esta pregunta está fuera de duda después de todo lo que ya dijimos en nuestra ojeada histórica. Un ordenamiento jurídico, para el que el particular no es objeto, sino titular del poder estatal, no puede desnaturalizarse convirtiéndolo en medio de intimidación. Las cualidades de sujeto y persona del hombre se oponen a ello. Ahora bien, con estas reflexiones ya se ha abierto el camino a la solución de nuestro problema: La imposición de la pena estará justificada, si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente, que el Derecho tiene que garantizar asimismo. Estos dos puntos de vista no se excluyen en absoluto, como muchas veces se cree. En efecto, si el Estado debe asegurarle sus bienes jurídicos al ciudadano, a la inversa cada miembro de la sociedad tiene que hacer por su parte todo lo que sea necesario para que se cumpla esa tarea común; esto es, dentro de los límites que veremos a continuación, tiene que cargar con la pena necesaria para el mantenimiento de dicho ordenamiento, igual que, por ejemplo, también tiene que soportar el deber del servicio militar o del pago de impuestos, sin que por ello se lesione su dignidad humana. El particular no se ve colocado —por decirlo en palabras de KANT— entre los «objetos del Derecho de cosas» sólo

porque se le impongan deberes en interés de la comunidad; esto sólo sucede si ya no se le juzga según la medida de su persona, sino según su mera utilidad para los fines de otros. De aquí se siguen dos consecuencias para el procedimiento penal y la imposición de la pena:

1. Durante el procedimiento no se puede someter al particular a ningún trato que le prive de la libre determinación de sus declaraciones: el lavado de cerebro, el detector de mentiras, el suero de la verdad, la hipnosis, torturas, amenazas, etc., son sencillamente inadmisibles para obtener confesiones, ya que las reacciones provocadas por tales medios no son manifestaciones de la libre personalidad del inculcado. Así pues, los intereses del provecho general chocan aquí muy pronto con un límite. Numerosos delincuentes tienen que ser absueltos, porque no es lícito emplear los medios que podrían probar su culpabilidad. Hoy nos parece esto algo que se entiende por sí mismo y que, aunque en el § 136 a; de la StPO* se declara expresamente, apenas es digno de mención. Pero hay que pensar que durante milenios se ha usado de dichas prácticas prohibidas sin la menor consideración y que todavía hoy están en boga en muchas partes del mundo. Por eso es necesario mencionar claramente en una teoría de la pena ese presupuesto de justificación que limita energicamente la idea de prevención general.

2. La segunda consecuencia es controvertida y quizás sorprendente en un principio para el que haya seguido hasta aquí el curso de nuestros pensamientos: La pena no puede, en mi opinión, sobrepasar la medida de la culpabilidad. Así pues, la culpabilidad, a la que hemos declarado inadecuada para fundamentar la potestad penal estatal, sin embargo ahora debe servir para limitarla. ¿Cómo es ello posible? Pues bien, esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad. Como es conocido, no se puede decidir con seguridad si esa imagen de hombre, constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad, es acertada con arreglo a las ciencias del ser, o si quizás no habría que caracterizar al homo sapiens más bien como un peligroso animal de presa o como una máquina complicada. Pero esto no cambia nada del hecho de que los hombres —de acuerdo con su relativa «ligazón a los instintos» y con la «apertura al mundo» condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas²³— existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad, y de que materialmente no pueden por menos de conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido, que ciertamente no se puede probar con los métodos de las ciencias naturales que sean «co-

* Abreviatura de «Strafprozessordnung», es decir, el equivalente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. (N. del T.)

²³ A. R. LANGE le corresponde particularmente el mérito de haber hecho provechosas para el Derecho penal las modernas investigaciones antropológicas. Ciertamente que sus resultados no pueden decidir la pugna sobre el libre albedrío; pero pueden poner de manifiesto que la orientación según módulos normativos corresponde al modo de ser humano. De los numerosos trabajos de LANGE sobre la materia mencionaré: «Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform», Juristentags-Festschrift, 1960, páginas 345 ss.; «Die moderne Anthropologie und das Strafrecht» en el volumen de varios autores «Schuld — Verantwortung — Strafe», edit. por FREY, 1964, pp. 277 ss.

rectos», pero que tienen, con total independencia de ello, su legitimación en cuanto decisión de la sociedad para crear un orden libre y conforme al Estado de Derecho. Ahora bien, así encuadrado, el concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir, tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad. Así evitamos la mala conciencia que tendríamos si empleásemos la culpabilidad para justificar medidas retributivas, ya que esta utilización del concepto de culpabilidad para coartar el poder de la autoridad actúa exclusivamente en favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento. Precisamente por ello se puede dejar en suspenso tranquilamente la cuestión del libre albedrío, a la que honradamente no podemos dar una respuesta concluyente; incluso quien crea que hay que negarlo, sin embargo debería reconocer el principio de culpabilidad en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad, como una disposición de la comunidad jurídica, que protege al particular de la superioridad de un poder estatal que violara la personalidad de aquél. Si se quisiera negar la culpabilidad incluso como concepto limitador de la pena, ello no iba a significar que se absolviera a todo el mundo. La consecuencia sería únicamente que ya nada podría impedir al Estado imponer sin límites penas terroristas a los solos fines de motivación.

Formulando lo anterior del modo más sencillo: hay una diferencia fundamental entre utilizar la idea de culpabilidad para entregar al particular a merced del poder del Estado, y emplearla para preservarle del abuso de dicho poder. La cuestión de si la culpabilidad da derecho al Estado a la retribución, o si más bien es el medio de mantener dentro de unos límites los intereses de la colectividad frente a la libertad individual, me parece más importante para el Derecho penal que la de la existencia de culpabilidad en general. La respuesta sólo puede ser en el sentido de la segunda alternativa; ya no sólo debido, como se expuso anteriormente, a lo dudoso de la idea de retribución, sino ante todo también porque la dignidad del hombre proclamada por la Ley Fundamental es un derecho de protección frente al Estado y no puede ser trastocada en una facultad de ingerencia.

De ello se sigue para la justificación de la pena que, en tanto se pueda imputar su hacer a la persona del delincuente, éste estará obligado en atención a la comunidad, a cargar con la pena. Esto es justo y legítimo, no porque aquél tuviera que soportar, debido a un imperativo categórico, que otros le inflinjan un mal, sino porque como miembro de la comunidad tiene que responder por sus hechos en la medida de su culpabilidad para la salvaguardia del orden de aquélla. De este modo no es utilizado como medio para los fines de otros, sino que, al coasumir la responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de ciudadano con igualdad de derechos y obligaciones. Quien no quiera reconocer esto como justificación de la pena,

rendrá que negar la existencia de deberes públicos y, con ello en definitiva, el sentido y misión del Estado.

Ciertamente hay que tomarse en serio la idea de que están absolutamente prohibidas las penas inadecuadas a la culpabilidad. Por consiguiente es inadmisibles, para citar un ejemplo actual, dictar contra una persona intelectualmente limitada que, inducida por personas de edad, pinta cruces gamadas en las paredes, una pena dura y que sobrepase ampliamente su culpabilidad comparativamente escasa, sólo para que otros se abstengan de esa fechoría. Como tampoco se puede estatuir en los delitos de tráfico, por muy importante que sea la contención de esos delitos, penas ejemplares que no estén cubiertas por el grado de culpabilidad personal. En una palabra: el fin de prevención general de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. Si se va más allá y por tanto se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros, se atenta en realidad contra la dignidad humana²⁴. Pues la eficacia protectora de este concepto consiste precisamente en que el particular es para el orden jurídico la medida de todas las cosas, en cuanto que tiene que responder con su persona sólo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable. Pero respecto al futuro comportamiento de terceros, nada puede aquél; si se le castiga por ello, dicho castigo, por muy duro que suene la comparación, sería de la misma categoría que la responsabilidad por el azar o la responsabilidad por la estirpe.

Así pues, el principio de culpabilidad, si se le separa de la teoría de la retribución, a la que equivocadamente se le suele considerar indisolublemente unido, es un medio imprescindible en un Estado de Derecho para limitar la potestad penal estatal²⁵.

Esto lo pasan por alto aquellos que quieren acabar con dicho principio en interés de un supuesto progreso. Así, p. ej., cuando BAUER²⁶ dice, en su polémica contra la idea de culpabilidad, que el Derecho penal se aproxima «más a la lucha contra las epidemias o a la regulación del suministro de gas y agua que a lo que comúnmente se designa como ética o moral», desconoce que un orden jurídico que —si se nos permite exagerar la comparación provocadora— considerase y tratase a los delinquentes como a ratas que hay que combatir en interés de la higiene pública, difícilmente llevaría a esa humanización de las sanciones estatales por la que lucha tan apasionadamente.

También es una medida desacertada el que en el Proyecto de nuestro futuro Código penal se haya vuelto a suprimir posteriormente la frase: «La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad», y se la haya sustituido por esta incolora fórmula: «La cul-

²⁴ Cfr. sobre ello WARD: Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, p. 162; BRUNS: Festschrift für v. Weber, 1964, p. 75; BADURA: JZ 1964, pp. 337 ss.

²⁵ Aquí estriba también la importancia de la discusión que se sostiene en Derecho penal sobre la «imagen del hombre». Sería incorrecto querer penalizar este o aquel comportamiento, invocando una determinada «imagen del hombre». Pero es necesario tomar por base del orden jurídico la imagen de un ciudadano dispuesto al libre desarrollo de su personalidad y participe de una dignidad humana inviolable, para precaverse de los peligros de la coacción colectivista. De la literatura existente citamos: JESCHECK: Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; MAIHOFER, en: Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jhdt. und Strafrechtsreform, Berliner Universitätstage 1964, p. 5.

²⁶ Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957, p. 246; cfr. también su trabajo «Die Schuld im Strafrecht», en: Club Voltaire I, 1963, p. 114. Por supuesto que por ello no es menos digno de atención lo que aduce contra el principio de la retribución.

pabilidad del autor es fundamento de medición de la pena²⁷. La nueva formulación es peor, no sólo porque se aproxima a la teoría retributiva, mientras que el tenor originario acertadamente sólo atendía a la función limitativa de la pena del principio de culpabilidad, sino ante todo porque la nueva quiere admitir dentro de ciertos límites que por motivos preventivos se sobrepase la pena que sería adecuada a la culpabilidad. Esto seguramente puede ser conveniente con frecuencia, como siempre han alegado los defensores de la modificación; pero la justificación de la pena no depende de la conveniencia, sino de la justicia²⁸. Por lo demás, todo lo dicho vale exactamente igual para la prevención especial. Puede ser todo lo provechoso que se quiera transformar mediante varios años de trabajo reeducativo al mendigo notorio en un afanoso tenedor de libros; pero el escaso contenido de culpabilidad en su conducta prohíbe al Derecho penal hacerse cargo de tal tarea²⁹.

En cambio es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad. Ciertamente que para una teoría retributiva consecuente está prohibido tal proceder, pues significa renunciar parcialmente al sufrimiento penal compensatorio³⁰. Pero para nosotros está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad, que ya desarrollamos al justificar las conminaciones penales, si en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves.

La institución de la condena condicional se corresponde directamente con la concepción aquí mantenida; dicha posibilidad de suspensión debería * prevalecer incluso para penas de prisión de más de nueve meses³¹. Por lo demás el principio de subsidiariedad también encierra en sí todo un haz de exigencias de reforma para la imposición de la pena; sólo mencionaré la sustitución de penas privativas de libertad de breve duración por multas, así como por órdenes e imposición de cargas. También en este aspecto quedan cosas por mejorar en nuestro Código penal y en los planes de reforma habidos hasta hoy.

²⁷ Así el § 60 I del P 1962 en lugar del § 2 de la versión originaria del Proyecto. La Comisión especial de la Dieta Federal alemana para la reforma del Derecho penal ha vuelto ahora acertadamente a la antigua formulación. Cfr. también sobre este problema las sesiones del 43.º DJT II, Parte E, 3.ª secc., 1962.

²⁸ Contra esto no convence la objeción de que la culpabilidad no es una magnitud mensurable y que, por ello, de antemano está claro que no puede cumplir la función de limitación que se le atribuye. Pues para la praxis es una cuestión llena de significado saber si un Tribunal puede aumentar por motivos de prevención general la pena que ha considerado adecuada según los principios generales de medición de la pena.

²⁹ No es objeto de este trabajo determinar hasta qué punto se pueden imponer en estos casos medidas de seguridad, para las que es indiferente la culpabilidad. Pero es evidente que para ello también es necesaria una legitimación de Estado de Derecho, que precisa una fundamentación no menos cuidadosa que la de la pena.

³⁰ Muy significativamente, la exposición de motivos del P 1962 habla también del «peligro de que la medición de la pena pudiera discordar demasiado hacia abajo del quantum de pena que la gravedad de la culpabilidad exija».

* Esta propuesta de Roxin se ha convertido entretanto en realidad en su país. En efecto, mientras que el § 23 ap. I del StGB vigente en el año de la 1.ª publicación del presente trabajo (1966) no admitía la condena condicional para penas privativas de libertad de más de nueve meses, el nuevo § 23 —introducido por la 1.ª Ley de reforma del Derecho penal (1. StRG) de 25-6-1969— ya la admite en su ap. I para penas privativas de libertad que no excedan de un año, y excepcionalmente para las que no excedan de dos años (ap. II); e igual regulación prevé el § 56, aps. I y II de la nueva Parte General del StGB. (N. del T.)

³¹ Sobre ello, acertadamente, HILDE KAUFMANN: Gedächtnisschrift für Grünhut, 1965, p. 1.

Resumiendo se puede decir sobre la segunda fase de eficacia del Derecho penal, que la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como individual, de bienes jurídicos y de prestaciones estatales, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena está limitado a la medida de la culpabilidad. Se puede ver que de esta forma se conserva el principio de prevención general, reducido a las exigencias del Estado de Derecho, y se completa con los componentes de prevención especial de la sentencia, pero que simultáneamente, mediante la función limitadora del concepto de libertad y culpabilidad en consonancia con nuestra Ley Fundamental se borran los reparos que se oponen a que se tenga en cuenta aquel principio en el quantum de pena.

III. Finalmente, la ejecución constituye el tercer y último estadio de la realización del Derecho penal. Como quiera que la pena exclusivamente sirve —según vimos— a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común y sin peligros, la ejecución de la pena sólo puede estar justificada si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora. El que la idea de educación social mediante la ejecución de la pena sea tan convincente inmediatamente, se debe a que en ella coinciden de antemano y ampliamente los derechos y deberes de la colectividad y los del particular, mientras que en la conminación e imposición de la pena sólo se los pudo poner de acuerdo mediante un complicado sistema de limitaciones recíprocas. En efecto, el interés de la comunidad en recuperar al delincuente tras de cumplir su pena como miembro apto para la vida y fiel al Derecho, se corresponde asimismo con el verdadero bien del condenado y con la idea de desarrollo de la personalidad en consonancia con el artículo 2 de la GG.

En cambio, no es cierto que —como opinan de modo unilateral algunos defensores de la finalidad resocializadora— esa idea justifique el Derecho penal por sí sola y que por tanto se puedan descuidar las etapas precedentes en las que todavía no puede ser eficaz. Por el contrario, el afán de resocializar sólo es legítimo y fructífero bajo todos los aspectos en el sentido descrito dentro de los límites que con anterioridad hemos trazado cuidadosamente.

Ello quiere decir que no es lícito resocializar con ayuda de sanciones jurídico-penales a personas que no se han hecho culpables de agresiones insuperables contra el orden de los bienes jurídicos, por muy degeneradas e inadaptadas que sean esas personas. Si se ignora este punto de vista, amenazará el peligro de una unificación colectivista que ahogue el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo las consecuencias de la garantía constitucional de la autonomía de la persona deben respetarse también en la ejecución de la pena. Aunque tenga eficacia resocializante, está prohibido un tratamiento coactivo que interfiera la estructura de la personalidad; lo que es válido tanto frente a la castración de delinquentes sexuales como frente a la operación cerebral que transforma contra su voluntad al brutal camorrista en un soñador dulce y obediente.

Por otro lado, tampoco cabe eliminar completamente de la fase de ejecución el punto de partida de prevención general, pues está claro que la especial situación coercitiva, en la que entra el individuo al cumplir la pena privativa de libertad, trae consigo graves restricciones a la libertad de conformar su vida, de las que, en atención a la efectividad de las conminaciones penales, no se puede prescindir en los delitos graves, ni siquiera aun cuando, p. ej., renunciara a una pena privativa de libertad fuera más útil para la resocialización. Por eso tampoco será posible en el futuro la condena condicional para delitos de carácter claramente capital.

Sin embargo, en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo permitan, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores. Concretamente, es inadmisibles causar mal al sujeto sólo por el mero fin de retribución. Por el contrario, como quiera que el establecimiento de la paz jurídica es lo único que legitima a la pena, ésta tiene que adquirir un sentido constructivo; lo que también es posible cuando la personalidad del sujeto no necesita de una especial promoción terapéutico-social.

Así pues, en el caso límite del que se convirtió en asesino por una motivación irrefutable, hay que ejecutar la pena de modo que se dé oportunidad al sujeto de ejercitar sus fuerzas en el establecimiento de un modo productivo y según sus aptitudes, y de que de ese modo el producto de su trabajo llegue a los herederos de la víctima o bien a personas necesitadas. Si se entiende el concepto de resocialización en un sentido algo más amplio como reparación del daño, incluso en esos casos puede el delincuente con su honrado esfuerzo conseguir fuerzas constructivas para su personalidad, en vez de que la pena de varios años de privación de libertad tenga como consecuencia un embrutecimiento prematuro al ir vegetando abúlicamente el sujeto, como ocurre hoy en día. En definitiva, también en penas privativas de libertad por tiempo breve hay que dar más cabida de lo que hasta ahora se ha dado a la idea de reparación de daños.

Quando, aparte de esto, lo primero que hay que hacer es conducir la personalidad del sujeto al camino recto, como naturalmente es el caso con la mayoría de los presos, el modo de intentarlo no es moralizar en tono magistral, sino formar intelectual y espiritualmente, despertar la conciencia de la responsabilidad y activar y desarrollar todas las fuerzas del delincuente, y especialmente sus particulares aptitudes personales. Por tanto, la personalidad del delincuente no debe verse humillada ni menos dañada, sino desarrollada. El criminal no es, como cree el profano, el hombre fuerte, cuya voluntad de animal de presa hay que quebrantar, sino un hombre normalmente débil, inconstante y minusdotado, con rasgos psicopáticos a menudo, y que intenta compensar por medio de delitos su complejo de inferioridad provocado por su deficiente aptitud para la vida. Para ayudarlo y ayudarnos así todos nosotros, se precisa la cooperación de juristas, médicos, psicólogos y pedagogos. No es posible ahora precisar los detalles de tal programa de resocialización; pero todo el mundo sabe que la realidad de nuestro sistema penitenciario no corresponde en múltiples aspectos ni siquiera a exigencias de las más modestas de ese tipo. Todos los expertos están de acuerdo en que la ejecución de la pena es el punto más débil de nuestra praxis del Derecho penal y que necesita la reforma mucho más urgentemente que el Derecho material.

Por otra parte, hay que prevenirse frente a utopías de mejora demasiado de color de rosa. Cualquier esfuerzo resocializador sólo puede ser una oferta al delincuente para que se ayude a sí mismo con el trabajo, pero tiene que fracasar cuando no está dispuesto a ello. Además siempre habrá otros

que volverán a tropezar por debilidad. Nunca será posible acabar con la criminalidad completamente y para siempre, pues va añadida como lado tenebroso a la vida social, del mismo modo que difícilmente hay una existencia individual sin falta o sin tragedia. Pero esto no desvincula a la sociedad de la obligación que tiene frente al delincuente. Así como éste es co-responsable del bienestar de la comunidad, ésta no puede eludir la responsabilidad por la suerte de aquél³². Sólo si esta compenetración prueba su eficacia en la ejecución de la pena y en la posterior reincorporación del delincuente a la comunidad, se podrá decir con la conciencia tranquila que la pena está justificada en su totalidad.

IV. Con esto llegamos al final. Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del Derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual. Se trata, si se me permite darle un nombre a esta concepción, de una teoría unificadora dialéctica, que hay que distinguir estrictamente, tanto metodológicamente como por su contenido, de las tradicionales teorías monistas, así como de la teoría dominante de la unificación por adición. Esto precisa, por último, de una explicación a modo de breve resumen:

1. Las teorías monistas, ya atiendan a la culpabilidad, ya a la prevención general o especial, son falsas necesariamente porque, cuando se trata de la relación del particular con la comunidad y con el Estado, la realización estricta de un solo principio ordenador tiene como consecuencia forzosamente la arbitrariedad y falta de libertad. Este fenómeno nos es conocido en las constituciones estatales: lo mismo el dominio ilimitado del pueblo que el dominio de un individuo, clase o partido conducen a la dictadura. Igualmente sucede en la vida económica: un liberalismo ilimitado trae consigo irremisiblemente, como lo demuestran ejemplos históricos, la explotación y opresión de la mayoría por una minoría dominante; y en una economía planificada consecuente, que cabría considerar como lo contrario de aquél, ocurre exactamente lo mismo. La pureza del modelo³³ es una consideración fundamental en toda problemática social, que satisface ciertamente a doctrinarios formalistas, pero que nunca logra abarcar toda la complejidad de los fenómenos. Ya hemos visto al principio, a qué conduce esto en las teorías de la pena: la intimidación unilateral, el tratamiento del delincuente sin restricciones y tendente a la adaptación social, y la amplia retribución de la culpabilidad, obediente a un mandato metafísico, convierten al Derecho penal, en vez de en una fuerza protectora y constructiva, en un instrumento de opresión y que esclaviza la disposición anímica, tanto más cuanto más radicalmente se ponga en práctica el principio respectivo. La historia de la justicia penal es claramente ilustrativa a este respecto.

2. Nada de esto cambia con una teoría unificadora aditiva, es decir, que acumula en una mera adición los puntos de vista particulares. Al contrario: al permitir pasar al primer plano tan pronto este como aquel punto de vista, y al permitir emplear, en lugar de una facultad de ingerencia ya demasiado amplia, nada menos que tres, no hace sino

³² Sobre la idea de «co-responsabilidad» cfr. especialmente NOLL: Die ethische Begründung der Strafe, 1962.

³³ Cfr. sobre ello, desde una perspectiva de teoría del Estado, E. R. HUBER: Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, pp. 249, 269 y passim.

perfeccionar el sistema de reglamentación. Gracias a Dios, por el momento ni se practica ni se defiende seriamente esta teoría. Si hoy se la invoca, ello no es sino un tímido testimonio de falta de puntos de vista prácticos y desorientación teórica. Pero debería quedar claro de una vez que esta teoría, o bien no quiere decir nada y es, por tanto, superflua, o, si se la toma al pie de la letra, es extremadamente peligrosa.

3. En cambio, una teoría unificadora dialéctica, como la que aquí se mantiene, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas. También aquí podemos poner como ejemplo el orden político del Estado: las mejores Constituciones son las que, a través de la división de poderes y un sistema ramificado de otros controles al poder, integran su Derecho con todos los puntos de vista y proporcionan al particular el máximo de libertad individual; la mejor constitución económica es la unión de principios del Estado social y del liberal. Y lo mismo rige para el Derecho penal, que sirve igualmente al orden comunitario en el ámbito correspondiente: La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiaridad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial. Y, como hemos visto, de la misma manera la totalidad de los principios restantes preservan a la idea de corrección de los peligros de una adaptación forzosa que violara la personalidad del sujeto.

Se puede denominar dialéctica dicha concepción, en cuanto que acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis. Dicho procedimiento no es un esquema constructivo, sino que viene prefijado por la naturaleza de las cosas. En efecto, la realidad social exige terminantemente que la comunidad esté protegida de agresiones del individuo, pero también que el individuo lo esté de la presión excesiva por parte de la sociedad. Y el delincuente mismo, por una parte es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico-social, pero por otra parte hay que concebirlo de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable; porque un ordenamiento jurídico que tiene una idea demasiado pequeña del hombre, termina convertido en pupillage y falta de libertad. Esta doble polaridad entre individuo y colectividad, y también entre el fenómeno empírico y la idea del hombre, constituye el campo de tensión de toda problemática social, que en cada caso también se representa en su totalidad por un fragmento como el que contiene el Derecho penal. Una teoría de la pena que no quiera quedarse en la abstracción o en propuestas aisladas, sino que pretenda corresponder a la realidad, tiene que reconocer esas antítesis inherentes a toda existencia social para —conforme al principio dialéctico— poderlas superar en una esfera superior; es decir, tiene que crear un orden que muestre que un Derecho penal en realidad sólo puede fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad en el sentido de la prevención general si al mismo tiempo preserva la individualidad de quien le está sometido; que lo que la sociedad hace por el delincuente, en definitiva también es lo más provechoso para ella; y que sólo se puede ayudar al criminal a superar su inidoneidad social de manera igualmente fructífera para él y para la comunidad, si con toda la consideración de su debilidad y de su ne-

cesidad de tratamiento no se pierde de vista la imagen de la personalidad responsable para la que está dispuesto.

Precisar en todos sus detalles esta concepción que aquí sólo se ha esbozado en cuanto a los objetivos y a algunas líneas fundamentales, y llevarla a la práctica, es la tarea que todavía en gran parte tenemos por delante.

Nota posterior a la primera publicación:

El presente trabajo fue escrito para introducir a los estudiantes en la problemática global de la pena estatal; por eso se indica en las notas a pie de página la literatura que me parece especialmente importante para ocuparse de la materia en profundidad. Mi concepción fundamental de la «teoría unificadora dialéctica» ha sido poco contradicha (cfr. al respecto las tomas de posición de los Tratados y Comentarios de Derecho penal); en cambio sigue discutiéndose su concreción en cuanto a que la «culpabilidad» es sólo el límite, pero no el fundamento de la pena estatal. La discusión más extensa es la mantenida por ARTHUR KAUFMANN en: «Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht» (JZ 1967, páginas 553-560). KAUFMANN objeta que la culpabilidad, en cuanto que limita la extensión de la pena, es una condición necesaria de la pena y, por tanto, también la fundamenta simultáneamente. Esto es lógicamente correcto. Pero yo me refería a lo siguiente: mientras la medida de la culpabilidad por sí sola limita la pena, en cambio la culpabilidad por sí sola no puede fundamentar la pena. Una conducta culpable sólo justifica sanciones jurídicamente en tanto en cuanto son necesarias por razones de prevención general o especial. En esta forma, con la que también está conforme ARTHUR KAUFMANN, los autores del Proyecto Alternativo desarrollaron de común acuerdo dicha idea, plasmada en el § 59, ap. 2, del PA: «Sólo se agotará la medida determinada por la culpabilidad del hecho en tanto lo requiera la reintegración del sujeto a la comunidad o la protección de los bienes jurídicos». El juez debe quedar por debajo de la medida de la culpabilidad al imponer la pena, en tanto lo permitan las exigencias de prevención especial y general. La cuestión sobre si esta exigencia merece ser bien acogida desde el punto de vista de política criminal, o si por el contrario debe rechazarse por «socavar la idea de culpabilidad», sigue siendo hasta hoy objeto de vivas controversias. La discusión se abrió en un amplio frente con las conferencias y debate del Congreso de profesores de Derecho penal de Münster en 1967 (ZStW, tomo 80, 1968, pp. 1-135); en el siguiente artículo sobre «Franz von Liszt y la concepción polícticriminal del Proyecto Alternativo» he intentado recogerla y proseguirla. La 1.ª Ley de reforma del Derecho penal, de 25-6-1969, ha creado un compromiso poco claro con el nuevo § 13, ap. 1 del StGB, en cuanto que por una parte declara que «la culpabilidad del sujeto» es «fundamento de la medición de la pena» (párrafo 1), pero por otra parte accede a considerar también «los efectos que de la pena

se puedan esperar para la vida futura del sujeto en la sociedad» (párrafo 2) y la «defensa del orden jurídico» (§§ 14 ap. 1, 23 ap. 3). Sobre la polémica con la concepción teórica sobre la pena de los manuales de BAUMANN, IESCHGK, SCHMIDHÄUSER y STRATENWERTH puedo remitir a mis recensiones en ZStW 80 (1968), pp. 694 ss.; 82 (1970), pp. 675 ss.; 83 (1971), pp. 369 ss.; 84 (1972), fascículo 4. Con particular claridad vuelve a mantener ahora el punto de vista de la teoría retributiva aquí rechazada, MAURACH en la reciente edición de nuestro Tratado más extenso sobre Parte General (4.ª ed., 1971): «La propiedad más elevada de la pena retributiva es... su majestad desvinculada de fines, como se expresa en la exigencia de KANT de que, en el caso de disolución voluntaria de la sociedad humana, incluso el último asesino sea castigado» (loc. cit., p. 77). Según esto «la pena, incluso si no existe necesidad de prevención o esa necesidad es muy débil (p. ej. en caso de pronóstico social especialmente favorable para el sujeto), no puede quedar por debajo de la medida fijada por la necesidad de retribución justa de la culpabilidad manifestada en el hecho» (loc. cit., p. 81).

De entre la literatura de los últimos años que se ocupa de las cuestiones tratadas en este artículo, mencionaré aún (sin pretensión de exhaustividad) para su lectura subsiguiente:

BAUMANN: Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?, en: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969, pp. 9 ss.

HOERSTER: Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, en: GA 1970, pp. 272-281;

el mismo: Determinismus und rationales Strafen, en: ARSP 1971, páginas 77-78.

SCHMIDHÄUSER: Vom Sinn der Strafe, 2.ª ed. reelaborada y ampliada, 1971 (sobre la 1.ª ed., 1963, cfr. mi recensión en ZStW 77 (1965), páginas 70 ss.).

La revista «Recht und Gesellschaft (Zeitschrift für Rechtskunde)» proporciona una buena introducción para principiantes en su fascículo de mayo de 1972, que recoge, agrupados bajo el común denominador «La pena», trabajos de HERZBERG, CHRIST, HOERSTER, SCHOREIT y LUETJOHANN.

GÜNTHER JAKOBS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BONN (ALEMANIA)

TRADUCCIÓN DE MANUEL CANCIO MELÍA

PAG. 9-34

Sobre la teoría de la pena

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

I. "TEORÍA DE LA UNIÓN"

A. Exposición

Tanto la jurisprudencia, especialmente la de los tribunales superiores, como el sector dominante—al menos en el plano cuantitativo— de los teóricos denominan su entendimiento de la legitimación y del fin de la pena pública "teoría de la unión", en la que, precisamente, se pretende unir diversos fundamentos de legitimación y fines. En su configuración principal se dice que la teoría de la unión ha de "mediar... entre las teorías absolutas y relativas"¹, esto es, combinar la retribución de culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto y la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en potenciales autores de tal modo que en el caso ideal "todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada"². No se les escapa a los defensores doctrinales de la teoría de la unión que los presupuestos implícitos de armonía necesarios para estar de tal modo en misa y repicando pueden ser ajenos a la *praxis*: en tal caso, se dice que debe "darse preferencia a uno u otro principio en el caso particu-

¹ Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª edición, 1996, p. 75.

² Jescheck-Weigend, *AT*, p. 76.

lar", sosteniéndose, sin embargo, que "la medida de la culpabilidad" ha de constituir en todo caso "el punto de orientación"³. Esto, a su vez, significa que la pena adecuada a la culpabilidad nunca debe ser *sobrepasada* por razones preventivas, y que en virtud de estas mismas razones, por otro lado, sólo puede ser fijada una pena moderadamente *inferior* a la pena adecuada a la culpabilidad, esto último, por ejemplo, "para no dificultar al autor el camino de la reinserción"⁴.

En una variante más reciente, la teoría une tan sólo los fines preventivos, de modo que ha de buscar la legitimación exclusivamente en éstos; sin embargo, se sostiene que ha de prescindirse de la retribución de culpabilidad sólo en el ámbito de la *fundamentación* de la pena, mientras que se pretende que siga desplegando efectos como "medio de limitación de la intervención". Esto tiene como consecuencia que desde este punto de vista existe la posibilidad de fijar una pena *considerablemente inferior* a la medida adecuada a la culpabilidad si hay razones preventivas que aboguen por ello; sin embargo, también conforme a esta variante se considera ilegítimo sobrepasar la pena adecuada a la culpabilidad⁵.

En una ulterior variante, la teoría de la unión se configura como el resto obtenido tras la detracción de lo sencillamente insostenible: conforme a este punto de vista, "el punto de partida del entendimiento de la pena" queda configurado "en nuestra cultura (,) histórica y materialmente (por) la idea

de la retribución"⁶. Se dice, sin embargo, que la retribución de culpabilidad viene condicionada por el problema del libre albedrío, y que el propio concepto de culpabilidad está "marcado por concesiones frente a necesidades reales o imaginarias de la política criminal"⁷, de modo que ello tiene como consecuencia que la "retribución" es la denominación del modo de tratamiento de conflictos que corresponde "a nuestra tradición", pero sin que ello garantice una "conexión interna" entre "culpabilidad y retribución"⁸. Conforme a este punto de vista, la pobreza en consistencia teórica es similar en el ámbito de las teorías de la prevención. No existe prueba de la existencia de un efecto preventivo-individual de la pena. La prevención individual sin pena queda excluida en la mayoría de los casos a causa de la inexistencia de pronósticos de delincuencia que sean suficientemente acertados en la práctica; sin embargo, en la medida en la que pueda ser manejada de modo efectivo, su uso es "un mandato tanto de la razón práctica como de la solidaridad", siempre que ese uso se lleve a cabo "sin contradicción con los requisitos propios del Estado de Derecho"⁹. Desde esta perspectiva, las condiciones de la efectividad preventivo-general son igualmente, en gran medida, desconocidas; al menos se sostiene que "la expectativa de que los delitos no se queden sin castigo fortalecerá también de modo general la disposición a comportarse de acuerdo con las leyes"¹⁰, pero ello, a su vez, sólo si la pena puede justificarse también en atención a

³ Jescheck-Weigend, AT, p. 76.

⁴ Jescheck-Weigend, AT, p. 76, con referencias de la jurisprudencia en pp. 78 y s.

⁵ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* I, 2ª edición, 1994, 3/36 y ss., 43 y ss., 46 y ss.

⁶ Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª edición, 1981, n.m. 8.

⁷ Stratenwerth, AT I, n.m. 13.

⁸ Stratenwerth, AT I, n.m. 16.

⁹ Stratenwerth, AT I, n.m. 22.

¹⁰ Stratenwerth, AT I, n.m. 25.

"puntos de vista propios del Estado de Derecho"¹¹. De este modo se obtiene –*sit venia verbo*– una teoría de la unión de los restos: si bien no hay (ya) nada completo, tampoco nada queda eliminado por completo, de modo que la consigna es la de acomodarse en los fragmentos.

B. Crítica

La teoría de la unión acabada de esbozar, junto con sus variantes, no aporta una teoría de la pena pública. Sólo se expondrán aquí dos objeciones. Primero: la teoría de la unión vive de la suposición de que las legitimaciones y los fines de la pena pueden combinarse –al menos a grandes rasgos– mediante adición, es decir, precisamente, que pueden unirse. Si esta suposición fuera acertada, de lo que evidentemente parten los representantes de esta teoría, debería buscarse aquel principio que crea esa armonía de lo aparentemente contrapuesto, es decir, que se ve satisfecho tanto por medio de retribución como por medio de prevención, aunque a su vez ese principio se resume en algo tan pobre como que "en alguna medida se produzca una reacción de rechazo frente al hecho". Este principio sería el fin previo a las configuraciones concretas de apariencia heterogénea y otorgaría la legitimación previa. Dicho brevemente: si es posible la armonía, la teoría de la unión se queda corta, ya que no identifica el elemento creador de armonía, incluso, ni siquiera lo busca. Sin embargo, si esta suposición es errada, entonces no se trata de una unión mediante adición, sino de una

paralización recíproca de lo reunido, y ello, además, no sólo en el caso particular –como reconocen los representantes de la teoría de la unión–, sino por principio. Si este fuera el caso, la teoría de la unión se equivoca por completo. Dicho a través de un ejemplo: si se reforma a un asesino para convertirlo en una persona pacífica –si es que ello es posible–, el trato con él –dicho de modo coloquial– no puede interpretarse de un solo trazo también como retribución de culpabilidad; pues la culpabilidad se retribuye a un responsable, mientras que se reforma al objeto de necesidades preventivas. Por lo tanto, la unión paraliza o bien el derecho a la reforma o bien el sentido del acto en cuanto retribución de culpabilidad. La consideración acabada de exponer también se dirige contra aquella variante de la teoría conforme a la cual la pena adecuada a la culpabilidad tan sólo ha de tener el efecto de limitar, pero no de legitimar. La culpabilidad sólo puede limitar aquello que se adecua a su concepto, y, por consiguiente, no puede limitar la educación, la intimidación o elementos similares. Dicho de otro modo: si se toma en serio la idea de la limitación a través de la culpabilidad, ello significa que debe tratarse al autor como responsable, no como objeto, de modo que cualquier reacción preventiva debe limitarse a cero.

Segundo: las suposiciones de armonía no sólo afectan a la teoría, sino también a la *praxis*, y muestran su carácter quebradizo a este respecto de modo especial (aunque no sólo aquí) en el intento de unir la retribución de culpabilidad y la prevención especial. Incluso si se partiera –lo que, sin embargo, sería incorrecto, como antes se ha mostrado– de la base de que la retribución de culpabilidad abre un marco para un tratamiento preventivo-especial, una breve consideración de las estadísticas de reincidencia desde finales del

¹¹ Stratenwerth, *ATI*, n.m. 29.

siglo pasado hasta el día de hoy enseña que –al menos en el Derecho penal de adultos– no existe una relación positiva entre la pena de las características que son habituales y algún tipo de efecto preventivo-especial, prescindiendo del mero efecto de aseguramiento respecto de aquel que está encerrado en la cárcel. Parece evidente que lo que sucede de modo cotidiano como pena no es una prevención especial limitada por la retribución de culpabilidad. Ello tiene razones fácilmente comprensibles, que rigen también respecto de la relación –dicho de modo más exacto, respecto de la ausencia, también en este caso, de una relación positiva– entre retribución de culpabilidad y prevención general. Lo que habría que prevenir sería la génesis de una motivación para cometer el hecho, y ello de acuerdo con la medida de la intensidad de la motivación. Sin embargo, la retribución de la culpabilidad se refiere al hecho en cuanto perturbación social. Dicho con un ejemplo: una calumnia pronunciada por ligereza podría prevenirse mediante una pequeña pena pecuniaria, mientras que el mismo hecho, cometido por un profundo odio, sólo podría ser prevenido mediante una larga pena privativa de libertad; el robo con homicidio podría prevenirse con la pérdida de bienes de un valor múltiple del beneficio –aproximadamente, diez veces ese valor– del hecho, mientras que el homicidio nacido de la desesperación en el marco de un conflicto no podría ser prevenido de ningún modo. Todas las teorías que desde Feuerbach toman como punto de referencia la intimidación general han dedicado en vano laboriosos esfuerzos a superar el escollo de esta incompatibilidad entre la intensidad de la motivación y la relevancia de la perturbación. Y en aquellos casos en los que la prevención especial parece prometedora,

como, por ejemplo, en algunos sectores del Derecho penal de menores, se desvincula del principio del hecho.

II. LA PENA COMO CONFIRMACIÓN DE LA REALIDAD DE LAS NORMAS

A. Esbozo

Si se contempla estos escombros, se impone la cuestión de cuál es la razón por la que algo tan problemático como la pena pública siquiera puede seguir existiendo. Dicho desde otra perspectiva: puesto que evidentemente aún existe la pena, cabe plantear la sospecha de que la "pena" no sólo ofrece la denominación de un conglomerado de elementos heterogéneos, sino que puede ser reconducida a un concepto; en lo que sigue, se intentará realizar ese esfuerzo. Si para ello quieren evitarse eclecticismos del tipo de la teoría de la unión, ha de tenerse en cuenta desde el principio que la retribución de culpabilidad y la prevención (o las prevenciones), sea de modo aislado o conjuntamente, posiblemente configuren un punto de partida insuficiente. No hay nada que garantice que el espacio de la teoría de la pena coincida para siempre jamás con los campos de *punitur ne peccetur* y *punitur quia peccatum est*.

Pero, ¿cuál es aquel otro elemento que resulta decisivo? Dicho de momento a modo de esbozo: la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad. Más adelante se discutirá hasta qué medida siquiera es acertado hablar de un "fin" de la pena. En todo caso, tal fin, si es que se quiere hacer uso de ese término,

recibiría una denominación completamente desdibujada con un *ne peccetur*. ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación de lo que es fidelidad al Derecho como para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos; lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente. El *quia peccatum est* tampoco describe de modo adecuado la razón del proceso de la punición; pues la razón no es sólo la maldad del hecho, un *peccatum*, sino el mantenimiento de una determinada configuración social. Sin tener en cuenta esa configuración, es decir, de modo absoluto, no puede fundamentarse la pena pública. En lo que sigue, se expondrá en detalle este esbozo; con carácter previo a las consideraciones relativas a la pena es necesario hacer algunos comentarios acerca del significado del hecho.

B. El significado del hecho de una persona

Existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina en atención a normas. Esta comunicación no tiene lugar entre individuos que se rigen conforme a un esquema de satisfacción/insatisfacción, y que en ese contexto posiblemente también obedezcan al palo de un señor, sino que es la conducta de personas que quedan definidas por el hecho de que siguen normas; persona es, por

lo tanto, a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad.

Es una persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. Han de cumplirse dos condiciones: el comportamiento debe estar regido por normas, y ha de resultar adecuado a la norma. Partiendo de esta situación, resulta difícil describir la infracción de una norma. No es sencillamente un error de una persona, pues la persona se define a través de su motivación para una conducta correcta. Pero tampoco puede definirse como medio ambiente de la sociedad, como naturaleza, la naturaleza no delinque, sino que, en todo caso, produce desgracias. Se trata más bien de una conducta que en su determinación —y en este sentido— es formalmente personal, pero que en su contenido es una conducta que sucede en el medio ambiente de la sociedad real. Dicho a modo de ejemplo respecto de esta personalidad formal que implica naturaleza material: un parlamentario sube a la tribuna de oradores y canta una canción obscena. Esto es desde el punto de vista formal un acto parlamentario (una manifestación hecha en esas condiciones está determinada a ser una contribución parlamentaria), pero materialmente es medio ambiente parlamentario (un ruido perturbador sin sentido parlamentario). A diferencia de lo que sucedería en el caso, por ejemplo, de un ujier que por despiste entra en la sala canturreando, la cuestión no se soluciona ubicando la fuente y cegándola (en relación con la normativa de los parlamentarios; en las reglas de los ujieres, el cantar durante el servicio en la sala es un error de una persona, no un mero suceso del medio ambiente), puesto que

el medio por emplear en ese proceder (cualquier medida instrumental) es indicio de que se está tratando con el medio ambiente, mientras que el conflicto (el mutuo entendimiento normativo está en peligro) sólo puede ser descrito en el ámbito personal, esto es, intrasocial, en este caso: en el ámbito parlamentario.

La infracción de una norma crea una situación ambigua: formalmente, se trata de sociedad, pero los límites de ésta son trazados de nuevo; allí en donde conforme al esquema social se trata de deber, el sujeto que actúa exige un espacio de libertad. Dicho de otro modo: el comportamiento se interpreta como conducta con sentido, pero el contenido de ese sentido está en discusión: sentido formal. El comportamiento contrario a la norma, por lo tanto, perturba la orientación, puesto que pone en duda el carácter de real de la sociedad: ¿se trata de deber o de un espacio de libertad?

Puesto que el infractor de la norma materialmente no alcanza la sociedad, pareciera lógico privarle del reconocimiento de su personalidad con reacción frente a su hecho. No ha cumplido con las expectativas que se dirigen a su persona; por consiguiente, se lo define como algo a lo que estas expectativas ya no se dirigen, como individuo, más duramente, como "una cosa... una pieza de ganado"¹², dicho brevemente, como naturaleza. Sin embargo, sería presupuesto de tal solución que el infractor de la norma pudiera disponer de su personalidad, que al menos pudiera perderla por su culpa. Esta suposición de que existe la posibilidad de perder la personalidad es próxima especialmente para

aquellas concepciones en las que la constitución del grupo que fundamenta la personalidad es entendida como contrato de los miembros (ello al menos cuando la identidad de los contratantes no se ve modificada por el contrato; un "contrato" que constituya instituciones, como lo es materialmente el *contrat social* de Rousseau, no permite la disponibilidad). Fichte argumenta de este modo: en el momento del hecho "el contrato queda destruido"¹³; puesto que todos sólo tienen derechos bajo la condición de que "cuadren en una comunidad de seres racionales", en el caso de los infractores de normas "decae la condición de la capacidad jurídica, el hecho de cuadrar en una sociedad de seres racionales, y, por consiguiente, aquello que es condicionado: la capacidad jurídica. Dejan de tener derechos".

En este punto de partida resulta perturbadora, en primer lugar, la imposibilidad de adecuar la medida de la consecuencia a la medida de la perturbación; pues la consecuencia es siempre la misma: la persona se convierte en ganado, mejor dicho: se convierte a sí misma en ganado. Incluso en el caso de una "falta de atención, allí, en donde en el contrato se contó con su (del infractor de la norma) atención", Fichte afirma la existencia de la consecuencia¹⁴. Ciertamente, intenta obtener una graduación de las consecuencias de distintos quebrantamientos de la norma a través de la construcción de un "contrato de expiación", mediante el cual Fichte abre la posibilidad de que el infractor escape a su exclusión y que quede "completamente reconciliado con la sociedad". Pero

¹² Fichte, "Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre", en: *Sämmtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. Fichte, 2. *Abtheilung*, tomo 1, pp. 1 y ss., 278 y s.

¹³ *Naturrecht*, p. 260.

¹⁴ *Naturrecht*, p. 260.

esa graduación no aporta proporcionalidad respecto de la medida de la desorientación social; el objetivo del contrato de expiación no es la realidad de la norma, sino la seguridad de bienes, y su introducción no viene determinada por la cualidad de persona del infractor de la norma, sino por el cálculo de que cabe "mantener al ciudadano" –dicho sea de paso: ¿"ganado" como "ciudadano"?– "cuya utilidad es superior a su lesividad" para la sociedad¹⁵.

La insuficiencia en el punto de partida que acaba de esbozarse remite –en segundo lugar– al error de base de esta aproximación: si el delincuente se expulsa a sí mismo de la sociedad, los límites de ésta dependen de la conducta del infractor de la norma, de modo que ni siquiera cabe describir un conflicto social específico, con lo que también queda cegada la posibilidad de una reacción en el plano del entendimiento normativo recíproco. Dicho de otro modo: Fichte elimina la ambigüedad propia de cualquier quebrantamiento de la norma no mediante la estabilización de la sociedad existente, sino mediante su reducción. Sin embargo, si frente a esto la realidad de las normas no se concibe como una suma de los asentimientos individuales, sino como una magnitud que sigue su propia dinámica, a la sociedad no podrá prescribirse su límite por medio de una conducta individual, y ello tampoco a través de la construcción de un condicionamiento del carácter de miembro de la sociedad.

Por lo tanto, el infractor de la norma debe seguir siendo una persona. Pero entonces, a diferencia del punto de partida acabado de tratar, su conducta materialmente natural no

puede ser siquiera objeto de discusión como tal; pues una persona *per definitionem* no se comporta de modo natural, sino –al menos en la medida en que naturaleza y norma estén en conflicto– de manera determinada por la norma. Si se pretende, entonces, que el hecho sea una conducta de una persona, esta conducta no se encuentra en el mundo de la sociedad real, sino en un mundo equivocado: el hecho del infractor de la norma muestra lo opuesto a la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por la sociedad como persona. Precisamente por esto, se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal. Dicho sea de paso: el hecho de que el infractor carece de personalidad material fundamenta la posibilidad de ejercer legítima defensa en su contra, al igual que los límites de ésta muestran que subsiste su personalidad formal.

C. La pena como marginalización del significado del hecho

Un quebrantamiento de la norma se encuentra en un mundo equivocado porque niega las condiciones de lo común. Su significado es: ¡no esta sociedad! Esto, a su vez, no debe entenderse de modo psicologizante; desde ese punto de vista, el infractor de la norma –a no ser que quiera fundar una contrasociedad o actuar como Eróstrato– por regla general no desea significar absolutamente nada, sino que, por el contrario, intentará mantener su hecho *privatissime*. Pero la sociedad que insiste en la definición del infractor de la norma como persona –aunque formal–, interpreta el comportamiento en el sentido antes indicado, y ello, mientras esa sociedad siga siendo real. No entiende la conducta como

¹⁵ *Naturrecht*, p. 261.

naturaleza, sino como contradicción. A diferencia de la sociedad de Fichte, que expulsa al infractor de la norma y se limita a unir el conjunto restante de personas materiales, la sociedad aquí descrita pasa a ser no homogénea al insistir en la personalidad del infractor de la norma, es decir, al interpretar el quebrantamiento de la norma como afirmación que debe ser tomada en serio.

Que la situación quede así, en esa falta de homogeneidad, depende de si se produce una conducta anudada a la anterior, y, en caso afirmativo, de qué modo. Ciertamente, la conducta personal es también una conducta física, pero no se agota en lo externo, sino que además tiene un significado, que consiste en la comunicación acerca de normas. Frente a tal comportamiento no puede reaccionarse, a su vez, de modo exclusivamente externo, exclusivamente físico, sino sólo mediante una expresión con el significado de comunicación. Dicho con un ejemplo: una persona se junta con otra para emprender la realización de una tarea común. De ese modo, declara que respetará las condiciones normativas que son necesarias para realizar tal tarea –consideración de la vida y salud del otro, etc.–, y ello no en una comprensión psicologizante, sino como interpretación objetiva de su conducta en una sociedad real. La otra persona interviene también en la tarea y anuda con ello su conducta a la anterior también en el plano del significado. Si se trata al infractor de la norma del tipo que se acaba de esbozar como persona normal, el significado de su conducta se define como significado normal: la norma sufre erosión. Si se pretende evitar esa erosión, ha de anudarse una conducta de tal modo que quede clara la imposibilidad de llegar a lo común a través del quebrantamiento de la norma. Al infractor de la

norma se le priva de la posibilidad de comportarse en el plano físico, como única condición de lo común con él, que le es accesible a la sociedad; se le retiran de modo más o menos radical de sus medios de interacción: pena, desde la constatación –contenida en todo fallo de culpabilidad– de que es incorrecto anudar a su conducta en términos de confirmación; pasando por la pena de multa y la pena privativa de libertad hasta la pena de muerte.

La privación de medios de interacción no se lleva a cabo porque el infractor de la norma no sea una persona; si no lo fuera, sería evidente lo que habría que hacer: aquello que resultara funcional para evitar reincidencias, y nada más. Esa privación, por el contrario, precisamente se produce porque es una persona, pero no debe anudarse al contenido de su conducta. La retirada de posibilidades de conducta es la exclusión más radical posible de toda articulación a la que pudiera anudarse una conducta. La privación tampoco se produce para marginalizar a la persona; no es ella la que se convierte en irreal, sino el significado de su conducta: esa conducta no fundamenta algo en común, sino lo disuelve, lo que significa que para el posterior desarrollo de la sociedad, es decir, para la realidad de ésta, la conducta no es determinante.

El infractor de la norma no ejecuta el hecho porque sea una persona, sino porque ha permanecido subdesarrollado como persona, precisamente, se ha quedado en lo exclusivamente formal. Si su hecho se convirtiera en parte de la realidad social, quedaría eliminada también esa persona exclusivamente formal; pues no existe por fuerza propia, existe en la mayoría de los casos incluso en contra de la voluntad del individuo afectado, sino que existe sólo en virtud de la

definición de la sociedad, mientras ésta siga siendo real. En esta medida, puede decirse que el infractor de la norma lesiona por igual a los demás y a sí mismo en cuanto persona (!); en la terminología de Hegel, esto se expresa en que "la lesión" ha sido "sufrida... por la voluntad existente en sí", y concretamente "tanto por esta voluntad de quien lesiona (!), como del lesionado y de todos"¹⁶. Por consiguiente —se trata del plano de la persona—, la pena no se dirige ni en mayor ni en menor medida a él que a todos los demás. Después, puede que comprenda su personalidad, es decir, que se conciba a sí mismo como sujeto; en tal caso, comprenderá también la necesidad y el significado de la sanción. También puede suceder que persista en mantenerse en su pura individualidad; entonces, la sanción, desde su perspectiva, sólo podrá ser vista como violencia. Pero su entendimiento individual no es lo decisivo, sino el entendimiento general.

La privación de medios de interacción del infractor de la norma tiene lugar como violencia. Pero, ¿por qué necesita el trato con una persona de la violencia?; dicho de otro modo, ¿por qué no basta la constatación de que no debe tomarse como referencia su conducta? Sería precipitado suponer —como puede parecer a primera vista— que la violencia no puede dirigirse contra la persona, sino sólo contra el individuo. El infractor de la norma, a través de su conducta, no sólo ha significado algo, sino que a la vez también lo ha configurado; dicho mediante un ejemplo, no sólo ha afirmado que no ha de respetarse la vida ajena, sino que la ha destruido,

o, al menos —en el caso de la tentativa— se ha dispuesto a ello. Por lo tanto, el significado de esa conducta no sólo es objetivado por él en el plano simbólico, sino mediante el mundo externo de las personas, que es configurado ya después de la afirmación. Así las cosas, la declaración aislada de que no debe anudarse al hecho estaría objetivada en menor medida de la que lo está el hecho mismo: así como el hecho configura de modo definitivo el mundo externo de las personas (o se dispone a ello), también la reacción frente al hecho debe suponer una configuración definitiva, lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a éste, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo. Esto nada tiene que ver con la intimidación o educación del infractor de la norma o de otras personas. Tan sólo se trata de contraponer a la realidad de la persona meramente formal en el hecho, esto es, al quebrantamiento de la norma, una situación materialmente personal, esto es, la realidad de la norma (y no sólo su posibilidad). Por consiguiente, la medida de la pena ha de regirse por la medida objetivada de negación de personalidad, y no por lo que sea necesario a efectos de intimidación, educación o aseguramiento. Esto último, como ya se ha expuesto al principio, habría de orientarse en atención al balance individual de beneficios.

Partiendo de la concepción acabada de esbozar, el extendido discurso relativo al fin de una sanción es, al menos, poco exacto. Pues la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin, scil, la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios. De modo especial, ha de mantenerse a la sanción libre de todas las adiciones que parecen imponerse cuando se toman en

¹⁶ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de H. Glockner (Jubiläumsausgabe), T. 7, 1952, § 99.

consideración de algún modo la situación motivacional de los individuos, y puesto que la sanción consiste en una limitación de los medios materiales del infractor de la norma, posiblemente se produzcan con facilidad confusiones entre el efecto de una sanción en el esquema de satisfacción e insatisfacción con su significado en el esquema de deber y espacio de libertad. En tal caso, lo que es la autoconstatación de la sociedad acerca de su situación real, aparece entonces como dirección más o menos afortunada de una conducta individual. Pero tales interpretaciones evidencian una consideración superficial; pues las personas no son dirigidas por la sociedad, sino constituidas por ella, y cuando la persona se detiene en la constitución formal, se confirma —si es que la norma es real— mediante la privación de los medios de una conducta física que lo materialmente acorde de la norma es la única configuración a la que ha de anudarse una conducta. Mientras esta confirmación tenga lugar, carece de toda relevancia para la permanencia de la realidad de la sociedad que se produzcan otros efectos distintos.

A pesar de ello, no se trata de una teoría absoluta de la pena, si es que como tal se entiende que la pena ha de seguir de modo categórico al quebrantamiento de la norma. Ciertamente, una sociedad se abandonaría a sí misma si colocara en lugar de su realidad alguna otra cosa, como, por ejemplo, la maximización de determinados bienes. Este es el contenido correcto de la teoría absoluta de Kant: no se trata de "fomentar otro bien"¹⁷, es decir, no del bienestar de los individuos, sino exclusivamente de la realidad social. Esto

no significa, sin embargo, que en la ejecución del "imperativo categórico"¹⁸ no pudiera tenerse en cuenta el fin, es decir, la realidad social. Si esta realidad permanece completamente incólume, por ejemplo, porque el hecho manifiesta desesperación o miopía u otra forma de incompetencia para administrar ya los asuntos propios, de modo que no existe en realidad el riesgo de que se anuden conductas al contenido material del quebrantamiento de la norma, a falta de una perturbación de la vigencia de la norma más allá del hecho no es necesaria una sanción, y ésta puede ser leve mientras el riesgo de que se anuden conductas sea reducido. Hegel ha descrito cómo el cambio de perspectiva desde una víctima individual hacia la "peligrosidad de la acción para la sociedad" parece dificultar el hecho, ya que entonces se dirige contra algo más grande, contra lo común, y cómo, sin embargo, "el poder de la sociedad, que ha adquirido seguridad en sí mismo, degrada la importancia externa de la lesión"¹⁹. "El punto de vista de la peligrosidad para la sociedad civil, aunque aparentemente agrave los delitos, es, sin embargo, el que sobre todo ha disminuido su castigo"²⁰.

En cuanto a los resultados alcanzados, lo aquí expuesto debe sus elementos principales a la teoría de la pena de Hegel. En su terminología se dice que la "lesión del Derecho en cuanto Derecho" es "nula en sí misma"²¹, aquí se afirma que el quebrantamiento de la norma no es determinante para la sociedad real. En la obra de Hegel se dice además que la

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Grundlinien*, § 218.

²⁰ *Ibidem*, anotación.

²¹ *Grundlinien*, § 97.

¹⁷ "Die Metaphysik der Sitten", en: *Werke*, ed. a cargo de W. Weischedel, T. 4, Darmstadt, 1963, pp. 303 y ss., 453.

nulidad se muestra en la destrucción de la infracción del Derecho, aquí se afirma que el carácter no determinante puede observarse en la exclusión de lo común con el infractor de la norma.

D. Infractor de la norma *versus* enemigo

Si la pena –en la concepción descrita– confirma la identidad normativa de una sociedad, es palmario que sólo un miembro de la sociedad puede ser penado: nadie más puede atacar la identidad normativa. Por consiguiente, la pena es un proceso que se desarrolla de modo puro *dentro* de una sociedad. El infractor de la norma no es enemigo de la sociedad en el sentido de un medio ambiente no vinculado normativamente y configurado de modo adverso, consistente en otros seres humanos, sino que es un miembro de la sociedad. Ahora bien, esta sociedad –al menos, ello es así de modo claramente predominante– no es una sociedad global, ésta entendida como conjunto de toda comunicación, sino que se trata de una sociedad parcial constituida en Estado que practica sus propias normas, y es el Estado en cuanto determinada constitución de una sociedad la cual administra la pena pública. Por ello, en la teoría de la pena está bastante fuera de discusión que un Estado necesita en cada caso de una legitimación especial (por ejemplo, cuando impone una pena en lugar de otro Estado) para perseguir jurídico-penalmente sucesos externos; la frontera entre lo interno y lo externo se determina principalmente en atención a criterios territoriales o en razón de la ciudadanía formal o material. Esto es, en todo caso, la consecuencia que deriva de la concurrencia de distintos Estados, un hecho del que hay que partir. De

acuerdo con su idiosincrasia, una unidad constituida normativamente determina ella misma quién es el miembro de ella, tratándolo como persona. Los criterios de distinción pueden ser la descendencia o el matrimonio (linaje), o la pertenencia a un determinado pueblo o nación, o la elección, profesión de fe respecto del hecho de ser un elegido, etc., esto junto con combinaciones (*cuius regio, eius religio*) y su exclusión (precisamente, la imposibilidad de una religión distinta de la del soberano). El criterio más importante, dicho sea de nuevo, es, aparte de la ciudadanía, el dominio ejercido sobre determinado espacio; se habla del principio de territorialidad.

Si se produce una perturbación por sujetos externos, ésta es resuelta –como todo medio ambiente adverso– por vía cognitiva, lo que significa que se impide al enemigo llevar a cabo sus propósitos; en este contexto, es una cuestión puramente funcional que se lo destruya o que se llegue a un acuerdo con él. De modo correspondiente, durante siglos estuvo más o menos fuera de discusión que los soldados enemigos, al igual que los soberanos de Estados enemigos, no debían ser condenados después de una guerra ganada, y ello, sencillamente, a falta de un quebrantamiento de la norma; ello, aunque siempre ha habido casos dudosos (¿qué *status* corresponde al espía que ha penetrado en el territorio?), y ello especialmente en el marco de aquellas concepciones que basan cualquier vínculo normativo en un acto de sumisión (¿se ha sometido de modo concluyente quien atraviesa el territorio?).

Ahora bien, no hay ninguna garantía de que la definición de los participantes por un Estado se limite a aquellos que a grandes rasgos se conducen conforme a sus reglas. Más bien

al contrario, puede suceder que el Estado defina como personas pertenecientes a él incluso a aquellos que no pueden sospechar nada de esta reivindicación de la que están siendo objeto, o a aquellos sujetos que, ya sean integrados en otros vínculos normativos, ya sea como individuos carentes de relaciones, no quieren asumir deberes del grupo, ya que no pueden o no quieren participar de los beneficios. Imaginemos que alguna sociedad, religiosa conforme a su idiosincrasia y constituida en Estado (o de algún otro modo), constata la existencia de un deber para todo ser humano de hacerse bautizar, y que castiga la negativa con una "pena". Cuando esa sociedad haya abarcado la mayor parte de la población mundial, el resto —partiendo de que su número sea lo suficientemente reducido— probablemente tolerará la pena en la conciencia de haber quedado fuera del mundo. Sin embargo, hasta que esa religión domine la conciencia general, se encontrará con un mundo que no vive conforme a su orden, lo que significa que en todo caso tendrá efectos externos, pero no significa nada.

El poder de definición de la sociedad sobre sus miembros, por lo tanto, sólo conduce a un orden normativo mientras los miembros vivan de acuerdo con el orden, y no sólo sean sometidos a pena. De no ser esto así, tan sólo se trata nominalmente de asuntos internos; materialmente, sin embargo, habrá una usurpación por parte de sujetos externos. Intentaré ejemplificar esta constatación a través del análisis de la posibilidad de fundamentar un tribunal internacional para las violaciones de los derechos humanos. A este efecto, se partirá de que los derechos humanos están todo lo bien fundamentados como ello resulta posible para una norma. Si un déspota destruye un ordenamiento de derechos humanos

existente, se tratará de un quebrantamiento de la norma a gran escala —y su punición no planteará problema jurídico-penal teórico alguno— mientras sus acciones perturben el orden existente, es decir, un orden conforme al cual conducen sus vidas las personas. Si, por el contrario, falta tal orden vivido, y, en ese sentido, real, sea desde el principio, sea porque los individuos, bajo la presión de las circunstancias, se arreglan con independencia del orden, entonces los hechos del tirano no destruyen una realidad de normas, no hacen ambiguo un mundo normativo, sino que son, sencillamente, empresas externamente efectivas, pero carentes de significado de un individuo poderoso contra víctimas impotentes. En tal caso, cabrá fundamentar un derecho a la revolución, incluyendo un derecho a matar al tirano, y ello en la misma medida en que se hallen fundamentados los derechos humanos de cuya violación se trata. Sin embargo, tales reacciones nada tienen que ver con una pena, tampoco cuando son impuestas por un tribunal. Quien habla de una pena allí donde de lo que se trata no es de la perturbación de un orden existente, sino del establecimiento de uno nuevo, desconoce la libertad de los individuos no vinculados por un orden real en ambos lados, tanto en el lado de las víctimas como en el de los autores.

No es necesaria una fundamentación más detenida para determinar que conforme a estos principios, también la punición jurídico-penal de violaciones de los derechos humanos en la República Democrática Alemana carece de una fundamentación teórico-penal. Cuando el Tribunal Supremo Federal afirma que si bien la *praxis* estatal de la RDA no respetaba los derechos humanos, pero que sí los habría debido respetar conforme a su propia "Ley, correc-

tamente interpretada"²², ello constituye una sustitución de aquello que existe por lo que debería existir. Pero aunque esto último muestre una enorme fuerza para existir: antes de existir no es un orden real.

III. DELIMITACIÓN FRENTE A MODALIDADES DE LA "PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA"

El resultado alcanzado –la pena como confirmación de la configuración de la sociedad– tiene puntos de estrecho contacto con una teoría reciente de acuerdo con la cual la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza. Se habla de prevención general positiva –no intimidatoria, sino, como se ha dicho, confirmatoria–, es decir, de una confirmación frente a todos²³. Esta teoría de la prevención general positiva no carece de antecesores, sino que es próxima, a su vez, a la doctrina de Welzel según la cual el Derecho penal tiene una "función ético-social", lo que significa que demostraría "la vigencia inquebrantada" de los "valores de acto de la actitud conforme a Derecho", que forma "el juicio ético-social de los ciudadanos" y fortalece "su permanente actitud favorable al Derecho"²⁴.

No se pretende realizar aquí una crítica de estas teorías; pero en su formulación –y se trata más bien de cuestiones de

formulación que de cuestiones materiales–, llegan a una configuración demasiado psicologizante. La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación. La confianza en la norma o la actitud conforme a Derecho de los ciudadanos tan sólo son derivados de la realidad de la sociedad, que es lo único decisivo. Puede suceder que se desee alcanzar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena. Este –y eso es lo que se ha intentado mostrar aquí– se agota en que la pena significa la permanencia de la realidad de la sociedad sin modificaciones, es decir, la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones. La prevención general positiva –si es que quiere hacerse uso de ese término– no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.

IV. RESUMEN

1. Las teorías de la pena orientadas a la retribución y a la prevención no pueden unirse en *una* teoría: la retribución de culpabilidad deslegitima la prevención.

²² BGHSt. T. 39, pp. 1 y ss., 29.

²³ Cfr., la exposición, con completas referencias, en Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, 1991, 1/1 y ss., 14 y ss.

²⁴ *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edición, 1969, pp. 1 y ss., 3 y s.

2. Las teorías de la prevención en su comprensión habitual toman como punto de referencia la intensidad de los estímulos de motivación individuales, y no, por lo tanto, el peso de la perturbación social, y por ello son incompatibles con el principio del hecho.

3. Los *topoi* clásicos *punitur quia peccatum est* y *punitur ne peccetur* no abarcan de modo completo el panorama de las posibilidades de fundamentación de la pena.

4. El delito es el hecho de una persona exclusivamente formal, pero, en todo caso, de una persona, y, por ello, debe ser entendido como algo con significado, como contraproyecto frente a la sociedad.

5. La pena marginaliza el significado del hecho. En cuanto marginalización de un contraproyecto ejecutado, también la pena debe ser ejecutada: tiene lugar como violencia.

6. La pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en abril de 1998.

Se compuso en caracteres Palatino de 12 puntos
y se imprimió sobre papel bond de 75 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Post Tenebras Spero Lucem

La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?

Carlos Gómez-Jara Díez

Universidad Autónoma de Madrid
Abogado

BARCELONA, ABRIL, 2008

Abstract

En los últimos años, las teorías de la pena que, en mayor o menor medida, tienen en cuenta aspectos comunicativos, han proliferado tanto en Europa como en EE.UU. Frente a éstas, se ha venido sosteniendo que no logran explicar satisfactoriamente la dimensión física de la pena; especialmente, el "dolor penal". El presente artículo pretende ofrecer los fundamentos de una teoría comunicativa de la pena basada en el constructivismo epistemológico que, sin negar su realidad psíquica, concibe el dolor penal como constructo comunicativo empleado por el sistema jurídico-penal.

Theories of punishment accentuating its communicative dimension have soared for the past years, not only in Europe but also in the U.S. Some academics have criticized their inability to adequately explain the physical dimension of punishment, i.e., the so-called "penal pain". This essay aims at providing the foundations of a communicative theory of punishment based on constructivist epistemology which conceives of "penal pain" as a communicative artefact used by the legal system.

Kommunikative Straftheorien genießen zur Zeit große Beliebtheit, nicht nur in Europa aber auch in den USA. Kritiken betonen aber die Mangel an Erklärungskraft zur physikalische Dimension der Strafe, d.h., Strafschmerz. Der folgende Beitrag versucht die Grundlagen einer kommunikative auf epistemologische Konstruktivismus basierte Straftheorie zu entwickeln, in dem Strafschmerz als ein Konstrukt des Strafrechtssystem zu konzipieren sei..

Title: Communicative Retribution as a Constructivist Theory of Punishment ¿Penal pain as a communicative artifact?

Titel: Kommunikative Retribution als eine konstruktivistische Straftheorie. Strafschmerz als ein kommunikatives Konstrukt?

Palabras clave: Teoría de la pena, teoría de sistemas, constructivismo, comunicación, dolor penal.

Key words: Theory of punishment, systems theory, constructivism, communication, penal pain

Stichwörter: Straftheorie, Systemtheorie, Konstruktivismus, Kommunikation, Strafschmerz

Sumario

1. Introducción
2. Sistemas observantes (Observing systems)
3. Autorreferencialidad del sistema jurídico-penal
4. El delito y la pena como comunicaciones
6. ¿Quién no quiere aprender?
7. ¿Objetivación de la comunicación?
8. El dolor penal: ¿un constructo comunicativo?
9. ¿El peligro de este tipo de observaciones?
10. Conclusión
11. Bibliografía citada

1. Introducción

La reflexión sobre la pena resulta tan relevante para el Derecho penal que, incluso aisladamente considerada, podría justificar todo el trabajo de la ciencia jurídico-penal. No en vano, ésta se ha venido ocupando de la misma desde sus orígenes. Ahora bien, los vaivenes en las tendencias respecto de la teoría de la pena muestran lo difícil que resulta mantener una posición coherente y exenta de contradicciones en este tema. Un ejemplo ilustrativo de cuanto antecede es la cuestión, aún no definitivamente zanjada, respecto de si se debe dar el “adiós” o la “bienvenida” a KANT y HEGEL¹. Y es que, en el ámbito de la teoría de la pena, pueden observarse diversas *distinciones matrices* – por ejemplo, absoluta / relativa, retributiva / preventiva – sobre cuyo contenido sistemático no siempre reina consenso². Con el nacimiento de la prevención general positiva³ parecía haberse encontrado una solución que iba más allá de los planteamientos preventivos tradicionales. Sin embargo, con el paso del tiempo se fueron desarrollando diversas variantes dentro de dicha teoría⁴ resultando finalmente que alguno de sus fundadores más conocidos se han distanciado en cierta medida de las versiones iniciales⁵. Ahora bien, las teorías de la unión, que dominan tanto el panorama científico alemán como el español, muestran ciertas deficiencias que no consiguen superar las antinomias de

¹ Vid. KLUG, *Abschied*, p. 41. Cfr. STRATENWERTH, *Strafzwecken*, p. 8; FRISCH, *Generalprävention*, pp. 125 y ss. En relación con ambos autores debe indicarse que una lectura parcial que no tenga en cuenta los presupuestos epistemológicos de sus respectivas teorías, puede conllevar que ciertos malentendidos sean considerados erróneamente como críticas o como afianzamientos de las posiciones propias. En este sentido, cuando se opera con autores de tanta relevancia debe procederse de manera extremadamente cuidadosa [como afirma correctamente SEELMANN, *Anerkennungsvorwurf*, p. 29]. En general, y sobre la cuestión planteada, no parece faltar a la verdad si se afirma que en los últimos tiempos las teorías kantianas y hegelianas de la pena – sobre todo estas últimas – han influido notable en los desarrollos más recientes, no sólo en Europa, sino también en EE.UU. [vid. sólo NONET, *Cumberland Law Review*, 1994, pp. 489 y ss. y DUBBER, *Mich.L.Rev.*, 1994, pp. 1577 y ss.].

² Sobre las diversas teorías de la pena breve e instructivo LESCH, JA, 1994, pp. 513 y ss. con ulteriores referencias. Vid. asimismo el reciente, impresionante y exhaustivo análisis de FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, *passim*.

³ Vid. sólo SCHUMANN, *Generalprävention*, pp. 1 y ss. Vid. también las contribuciones en SCHÜNEMANN / VON HIRSCH / JAREBORG (ed.), *Positive Generalprävention*.

⁴ Cfr. la exposición teórica de NEUR, *Strafzweck*, pp. 80 y ss.

⁵ Quizás el caso más relevante de los últimos años ha sido el de Günther JAKOBS [vid. JAKOBS, *ZStW* (107), 1995, pp. 844 y ss.; EL MISMO., *Straftheorie*, pp. 39 y ss., con un acercamiento a la posición de LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 78, 206, nota 178; EL MISMO., JA, 1994, pp. 518 y s., 596 y ss. sobre la retribución funcional]. Cfr. sin embargo la nueva formulación de JAKOBS en los siguientes escritos: JAKOBS, *Zweck*, pp. 251 y ss.; de manera más extensa en JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 5 y ss., en especial pp. 31 nota 147; JAKOBS, *Daño*, pp. 339 y ss. Vid. al respecto el análisis de CANCIO MELIÁ / FEIJOO SÁNCHEZ, *Pena*, pp. 27 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, pp. 489 y ss.

los fines de la pena⁶. Precisamente por esta razón resulta al menos apropiado volver a reflexionar en torno a este tema con la intención de abrir nuevas posibilidades de comprensión⁷. En este sentido, de manera relativamente reciente se ha llevado a cabo el intento de superar las paradojas irresolubles de la teoría de la unión mediante la distinción – de origen sociológico⁸ – entre funciones manifiestas y latentes de la pena⁹. En el momento en el que se traza dicha distinción (manifiesta / latente) se está en una posición privilegiada para llevar a cabo una denominada «observación de segundo orden» – u observación de observaciones¹⁰ –. Dicho tipo de observaciones constituye el lugar común de la denominada cibernética de segundo orden – esto es: la ciencia de los sistemas observantes (*Observing systems*)¹¹ o, dicho de otra manera, de los sistemas que observan sistemas – ciencia estrechamente vinculada con el constructivismo operativo –. Por ello, en lo que sigue se expondrán algunos de sus presupuestos fundamentales antes de proceder a aplicarlos a la discusión que aquí interesa sobre la teoría de la pena y la concepción sobre el dolor penal.

2. Sistemas observantes (*Observing systems*)

Cuando en las páginas que siguen se hable de sistemas, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría en tiempos de KANT – cuando no existía un concepto opuesto al concepto de sistema –, se dispone de un concepto que permite concebir al sistema como una diferencia (y no como una unidad, tal y como se venía concibiendo hasta ahora); más concretamente, como la diferencia entre sistema y entorno. Este principio teórico – sc. concebir el sistema como diferencia y no como unidad – se ha venido desarrollando en otras disciplinas científicas¹², y su aplicación al campo de los sistemas sociales ha sido llevada a cabo en las últimas

⁶ Con más detalle al respecto JAKOBS, *Straftheorie*, pp. 29 y ss. Cfr. no obstante, FEIJOO SÁNCHEZ, *Prevención*, pp. 145 y ss. afirmando que JAKOBS ha pasado a defender «una teoría de la pena que se puede calificar como mixta o unitaria».

⁷ Sobre la discusión actual vid. las contribuciones de JAKOBS, ZACZYK y GÜNTHER en: SILLER (ed.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, pp. 135 y ss.

⁸ MERTON, *Social Theory*, pp. 59 y ss.

⁹ Sobre ello JAKOBS, *Straftheorie*, *passim*. Cfr. también LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 205 y s., que propone una superación de la dicotomía entre teorías absolutas y relativas desarrollando una teoría retributivo-funcional y compensatoria de la culpabilidad.

¹⁰ LUHMANN, *Strukturen*, pp. 61 y ss. Para una construcción teoría un tanto diferenciada cfr. PAWLIK *Rechtstheorie* (25), 1994, pp. 451 y ss.; id., *Verhalten*, pp. 61 y ss.

¹¹ Fundamental v. FOERSTER, *Observing Systems*, *passim*. Sobre la cibernética de segundo orden como una ciencia observante vid. GLANVILLE, *Foundations of Science* (6), 2001, pp. 45 y ss. Vid. además GÜNTHER, *Dialektik*, pp. 249 y ss.

¹² Cfr., fundamental en el ámbito de la biología MATURANA / VARELA, *Conocimiento*, 1990; para la neuropsicología cfr. las contribuciones recientes de ROTH, *Verhalten*, *passim*.

décadas por el científico alemán, NIKLAS LUHMANN¹³. De conformidad con la concepción que dicho autor sostiene de los sistemas sociales, las presentes reflexiones parten de que la sociedad es comunicación y *sólo* comunicación. El punto de partida escogido no es en absoluto teórico, sino que es la consecuencia necesaria de entender que la comunicación es la *única* operación genuinamente social¹⁴. Dicho planteamiento somete a importantes exigencias al concepto de comunicación – *Infra* 3 –, por un lado, pero, por otro, se derivan beneficiosas consecuencias para el sistema – *Infra* 4 y 5 – con el que estamos tratando. Ello, no obstante, sitúa la discusión en torno a la teoría de la pena en un plano estrictamente comunicativo, en el cual ciertas características «físicas» de la pena adquieren dimensión comunicativa y, a partir de dicho momento, comienzan a ser utilizadas por el sistema comunicativo «Derecho» en su continua auto-reproducción – *Infra* 6, 7 y 8 –.

3. Autorreferencialidad del sistema jurídico-penal

Si uno se toma realmente en serio que la comunicación es la única operación social, entonces debe aceptarse que la comunicación discurre de modo autorreferencial¹⁵ o, expresado de otra manera, que sólo la comunicación comunica¹⁶. La fundamentación de esta afirmación puede encontrarse en la teoría matemática de la comunicación¹⁷, y de la misma se deriva una vinculación entre la teoría de sistemas

¹³ Cfr. de manera introductoria LUHMANN, *Soziale Systeme, passim*; además, EL MISMO., *Wissenschaft, passim*; EL MISMO., *Gesellschaft der Gesellschaft, passim*. Como lecturas introductorias a la teoría de sistemas luhmanniana vid. PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, pp. 54 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas*, pp. 386 y ss. Aquí deben efectuarse dos apreciaciones: Por un lado, debe tenerse en cuenta la “adicción” de LUHMANN a la teoría (sobre ello vid. RASCH, *Preface*, 2002; EL MISMO., *Modernity*, pp. 171 y ss.) y, en esta medida, dentro de la distinción existente en el sistema científico entre teoría y método [al respecto vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 403 y ss.] se le designaría como un teórico. El título “la teoría como pasión” que lleva el Libro Homenaje por su sesenta cumpleaños describe perfectamente a este autor. Por otro lado, la obra de LUHMANN puede considerarse como el desarrollo de la cibernética de segundo orden de los sistemas sociales. Como indica correctamente BRIER, *Cybernetics & Human Knowing* (3), 1995: “his huge work represents the most comprehensive, synthetic and highly creative theoretical architecture within second order cybernetics”. Para un intercambio interesante de opiniones cfr. sólo KRAWIETZ / WELKER, *Kritik*, 1993, *passim*.

¹⁴ Si se habla de sistemas sociales, entonces debe encontrarse una operación que valga para todos los sistemas sociales [vid. LUHMANN, *Self-Reference*, p. 6: “Only communication is necessarily and inherently social; action not”; vid. además LUHMANN, *Thesis Eleven*, 1992, pp. 29 y ss.].

¹⁵ Vid., MERTEN, *Kommunikation, passim*. Asimismo, KRIPPENDORFF, *Delfin* (XIII), 1990, pp. 52 y ss. Vid. también el conocido intercambio de opiniones entre v. FOERSTER, *Teoría Sociológica*, 1993, pp. 61 y ss. y LUHMANN, *Teoría Sociológica*, 1993, pp. 85 y ss.

¹⁶ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung VI*, pp. 113 y ss. Sobre ello vid. también KARGL, *Rechtstheorie*, 1990, pp. 352 y ss. Cfr. sin embargo FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, pp. 515 y ss.

¹⁷ SHANNON / WEAVER, *Communication*, p. 54: *Communication is an operation, which communicates information*.

y la teoría de la comunicación que no debe pasarse en modo alguno por alto¹⁸. Una resolución de la paradoja que supone afirmar que sólo la comunicación comunica se produce al trazar una distinción entre participación e información – denominada comprensión¹⁹ – que permite aprehender adecuadamente la separación temporal y espacial entre participación y comprensión que aconteció con la introducción de la escritura. De esta manera desaparece la metáfora de la «transmisión de información»²⁰ y la comunicación se convierte en un fenómeno «emergente»²¹. Con esta emergencia, y los sistemas sociales emergentes que resultan de la misma²², se plantea un nuevo problema: cómo se distinguen los sistemas sociales entre sí y del contexto de todas las comunicaciones posibles – a saber: la sociedad –. Si se observa un sistema funcional – esto es: un sistema que se ha diferenciado para cumplir una (y sólo una) determinada función –, entonces debe manejarse un código que determine qué comunicación pertenece al sistema (autorreferencia) y cuál al entorno del sistema (heterorreferencia). Concretando esta disposición teórica para el sistema jurídico puede afirmarse que si el Derecho es algo diferente de la sociedad, debe poderse distinguir de ésta, lo cual acontece con el código legal / ilegal²³. Cada comunicación jurídica se vincula a otra comunicación jurídica y abre, a su vez, nuevas posibilidades de comunicación para ulteriores comunicaciones jurídicas. Por tanto, el sistema jurídico es un sistema autorreferencial, operativamente cerrado²⁴, compuesto de comunicaciones jurídicas cuya selección viene determinada por

¹⁸ Es por ello que resulta un tanto sorprendente que PUPPE, *Kommunikation*, pp. 469 y ss., no tome nota de esta circunstancia e incluso – tras una valoración positiva del paradigma comunicativo para el entendimiento de la pena – critique la aplicación de la teoría de sistemas en la ciencia jurídico-penal debido a su nivel de abstracción, llegando a indicar que debe “separarse de la dogmática penal” (p. 493). Parece que entonces sería de aplicación la misma crítica, *mutatis mutandis*, contra su propia posición en el sentido de que “cuando la moderna ciencia penal adopta [en su caso: crítica] los paradigmas teórico-comunicativos, (...) debería dominar los fundamentos teóricos de la ciencia de la comunicación [en su caso: de la cibernética de segundo orden]” (p. 494).

¹⁹ Vid. sobre ello, fundamental, LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 203 y ss. En la dogmática penal se apoyan en ello, entre otros, LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 211, nota. 6 y HAUSCHILD, *Generalprävention*, pp. 73 y ss. Cuando la comunicación se observa como la unidad (síntesis) de la distinción, entonces se puede formular lo expresado anteriormente de la siguiente manera: la comunicación es la unidad de información, participación y la distinción entre información y participación: esto es, comprensión. Se trata de una forma trivalente de dos lados [sobre ello vid. BAECKER, *Wozu Systeme?*, pp. 12 y s.].

²⁰ La información, por su parte, debe comprenderse como la selección de una noticia de entre una cantidad indeterminada de posibles noticias [SHANNON / WEAVER, *Communication*, p. 7]. De ahí se deriva que la información es una selección actualizada de posibilidades de selección actualizables. Vid. asimismo BAECKER, *Wozu Systeme?*, pp. 111 y ss.; EL MISMO, *Organisation als System*, pp. 59 y ss.; LEYDESORFF, *Journal of General Philosophy of Science*, 1996, p. 244.

²¹ Vid. BAECKER, *Unterscheidung*, pp. 217 y ss.; Vid. asimismo EL MISMO, *Organisation*, pp. 126 y ss.

²² También JAKOBS, *Idee*, p. 3 acentúa el carácter emergente.

²³ Fundamental LUHMANN, *Recht*, pp. 165 y ss.

²⁴ Sobre la clausura operativa del sistema jurídico LUHMANN, *Recht*, pp. 38 y ss. Sobre la problemática de este concepto, EL MISMO, *Soziologische Aufklärung VI*, pp. 12 y ss.

estructuras jurídicas. Dicho en breve: el sistema jurídico es un sistema social autopoietico²⁵.

4. El delito y la pena como comunicaciones

En los últimos tiempos se ha producido un considerable aumento de quienes consideran que el delito y la pena contienen una dimensión intrínsecamente comunicativa²⁶. Ello posibilita, entre otras cuestiones, abrir nuevos ámbitos de discusión e incorporar al Derecho penal distintas contribuciones teóricas que han acontecido en las ciencias de la comunicación o, incluso, llegar a combinarlas con nuevas fundamentaciones teóricas. En cierto sentido, mucho va a depender de qué posición se adopte respecto del concepto de comunicación. Desde la perspectiva aquí sostenida – esto es: desde un concepto autorreferencial de comunicación – la sociedad consiste, como ya se ha explicitado, de comunicaciones. Si ello resulta cierto, entonces va de suyo que el delito y la pena son comunicaciones en cuanto que acontecen en la sociedad. La cuestión que inmediatamente surge es qué relación puede establecerse entre ambas.

En la literatura jurídico-penal se ha propuesto concebir la relación entre delito y pena como una suerte de locución y contestación²⁷. El autor habla y la sociedad contesta, lo cual – debe advertirse *ab initio* – comporta un acento importante de la comunicación oral²⁸. En este punto puede traerse a colación la tradición filosófica alemana conforme a la cual el autor, a través de su hecho, lleva a cabo una autocontradicción performativa. Conforme a esta perspectiva sumamente vinculada a la teoría del habla no resulta extraño que se utilice el concepto de «expresión de sentido»²⁹ para describir una vinculación con el delito. Este posicionamiento, sin embargo, conlleva el riesgo de ver en la conducta del autor algún tipo de sentido «inmanente» o de que considerar que es el propio autor el que determina el sentido – lo cual es negado por los defensores de esta posición³⁰ – y ello, seguramente, como consecuencia de la metáfora de la transmisión de información, estrechamente

²⁵ Fundamental LUHMANN, *Recht, passim*; TEUBNER, *Recht, passim*; en España vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas*, pp. 425 ss. con ulteriores referencias.

²⁶ Vid. entre otros JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, §§ 1/9 y ss.; MÜSSIG, *Aspekte*, pp. 165 y ss.; LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 211; GÜNTHER, *Verantwortlichkeit*, pp. 35 y ss.; HAUSCHILD, *Prävention*, pp. 135 y ss.; PUPPE, *Kommunikation*, pp. 469 y ss.

²⁷ JAKOBS, *Zurechnung*, pp. 61 ss.; MÜSSIG, *Aspekte, passim*; LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 219 y ss.; PAWLIK, *Verhalten*, pp. 56 y ss.

²⁸ Ello se constata de forma muy evidente en GÜNTHER, *KL, Verantwortlichkeit*, pp. 6 y ss. que fundamenta toda su teoría en el reconocimiento recíproco de pretensiones de validez desde la teoría del lenguaje.

²⁹ Fundamental JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pp. 1 y ss. con ulteriores referencias. Aquí debe observarse la influencia de GEHLEN tal y como indica SCHILD, *GA 1995*, p. 109.

³⁰ JAKOBS, *Zurechnung*, p. 67

vinculada con la comunicación oral, y de la ilusión de la simultaneidad entre participación y comprensión.

No obstante, se abren nuevas posibilidades de observación si, de conformidad con la fenomenología husserliana, se define el sentido como la representación simultánea de lo actual y lo posible (lo potencial)³¹. Y es que, de esta manera, lo indeterminado se convierte en determinable, lo que no está actualizado en actualizable o, expresado de otra forma, se posibilita la inclusión de lo excluido³² – a los efectos que a la teoría de la pena interesa: que la designación de algo como «ilegal» sea una designación «legal» –. El sentido (*Sinn, Meaning*) aparece aquí como un *medio*³³ especialmente adecuado del que puede emerger diversas formas³⁴ – esto es: unidades de distinción –. Más aún, si observar se conceptualiza como trazar una distinción y designar uno de los lados de la distinción (y no el otro)³⁵, entonces resulta que, en el medio del sentido, la indicación de uno de esos lados conlleva la no indicación del otro, lo cual implica un horizonte de posibilidades no actualizadas, pero sí actualizables – sobre ello volveremos más adelante –. Con esta disposición teórica se está en condiciones de observar la relación entre delito y pena de manera diferenciada.

Expresado de manera un tanto abrupta, así se observa que el sistema habla y se contesta a sí mismo (!)³⁶. Ello, de nuevo, es consecuencia de la autorreferencialidad de la comunicación de la cual, como indicamos, se deriva la afirmación de que la sociedad es comunicación, sólo comunicación y nada más que comunicación. Hace ya cincuenta años que la, entonces incipiente, cibernética de segundo orden indicara que este tipo de sistemas están «abiertos a la energía pero cerrados a la información»³⁷. El mundo físico sólo provee de la necesaria energía al sistema comunicativo, pero en ningún caso le suministra información. Y ello resulta igualmente válido para la conciencia³⁸. La conciencia – más aún la autoconciencia – no proporciona ningún tipo de información a los sistemas de comunicación – como, por ejemplo, el Derecho penal –. Se trata sólo de su(b)strato – precisamente del

³¹ Vid. el concepto “sentido” en: CORSI / BARALDI / ESPOSITO, *GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, pp. 170.; asimismo LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 92 y ss.; EL MISMO, *Sinn*, pp. 25 y ss.; EL MISMO, *Self-Reference*, pp. 80 ss.

³² Vid. LUHMANN, *Phänomenologie, passim*.

³³ “Medio” en el sentido de HEIDER, *Philosophische Zeitschrift für Forschung und Aussprache*, 1926, pp. 109 y ss.

³⁴ Fundamental SPENCER-BROWN, *Laws of Forms*, pp. 1 y ss.; una introducción profusa se puede ver en SIMON, *Unterschiede*, pp. 52 y ss.

³⁵ LUHMANN, *Dekonstruktion*, p. 25.

³⁶ El delito es una comunicación que el sistema jurídico-penal imputa a una persona – a un constructo penal propio – y lo mismo resulta válido para la pena.

³⁷ La famosa frase de ASHBY, *Cybernetics*, p. 4.

³⁸ Sobre la distinción entre comunicación y conciencia vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 11 y ss.; BAECKER, *Unterscheidung*, pp. 217 y ss.

su(b)jecto³⁹ – y, por tanto, sólo energía que es utilizada por el sistema comunicativo⁴⁰ para proseguir con su autopoiesis comunicativa. La comunicación es atribuida precisamente por el propio sistema comunicativo y, en consecuencia, tanto el delito como la pena, si son concebidos como comunicaciones, resultan objeto de imputación.

5. La estabilidad dinámica del sistema

Las consideraciones efectuadas hasta el momento han conducido al punto en el que dos imputaciones – la del delito y la de la pena – se encuentran vinculadas entre sí. Si se observa en primer lugar la imputación del delito, resulta de ayuda recordar que el sistema debe comprenderse como una diferencia (y no como una unidad). Partiendo de ahí, puede afirmarse que, antes que anda, puede observarse una diferencia de complejidad. La complejidad del sistema debe ser siempre menor que la complejidad del entorno, lo cual exige que se produzca una reducción de la complejidad por parte del sistema, lo cual, en el caso del sistema jurídico-penal, acontece de la mano del concepto de imputación⁴¹. No obstante, para llevar a cabo la imputación, el sistema precisa de un constructo propio – una dirección – a la que orientar la imputación. Este constructo propio al que se imputan las comunicaciones jurídico-penales es precisamente la persona jurídico-penal⁴². La asombrosa consecuencia que se deriva es la siguiente: la persona nunca comunica, sino que a la persona se le imputa o atribuye una comunicación⁴³. Y es que es esta imputación la que convierte a un sujeto en persona – esto es: la imputabilidad o capacidad de imputación –⁴⁴. Formulado de manera un tanto tradicional, si se observa el sistema jurídico, la persona nunca actúa, sino que a la persona se la imputa una acción.

Como constructo propio del sistema jurídico-penal, la persona viene definida por el propio sistema o, expresado en palabras de la dogmática moderna: la persona se define normativamente⁴⁵. Cuando, en este sentido, se imputa un delito a una persona, se está indicando el lado «injusto» del código jurídico, lo cual significa que

³⁹ Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung VI*, pp. 155 y ss.

⁴⁰ Vid. HUTTER / TEUBNER, *Homo juridicus*, pp. 110 y ss.

⁴¹ Vid. en el mismo sentido GÜNTHER, *Verantwortlichkeit*, pp. 3 y s. Cfr. asimismo HEIDENESCHER, *Zeitschrift für Soziologie*, 1992, pp. 440 y ss.

⁴² Vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 33 y s.

⁴³ Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung VI*, p. 37.

⁴⁴ En este sentido se puede leer las palabras de KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. IV: «Persona es aquel sujeto al que se le pueden imputar acciones».

⁴⁵ A la vista del aparente dilema entre naturalismo y normativismo (vid. PUPPE, *GA*, 1994, pp. 297 y ss.) debe tenerse en cuenta que lo que el sistema jurídico considera naturalista se determina normativamente. O expresado de otra forma: la distinción normativo / naturalista se aplica sobre sí misma; esto es, una *Re-entry* de la distinción en lo distinguido: ¿es la distinción normativo / naturalista, a su vez, una distinción normativa o naturalista?

se abren nuevos esbozos de mundo futuros como posibilidades de conexión, como opciones actualizables. El sistema jurídico-penal se informa a sí mismo sobre nuevas configuraciones; es decir, se cuestiona a sí mismo. Y es que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que se trata del cuestionamiento de todo el sistema jurídico, de tal manera que se simboliza la autoproducción del Derecho mediante la vigencia de las normas⁴⁶. Por tanto, en el Derecho penal debe existir un elemento especial que precisamente simbolice este cuestionamiento de las normas jurídicas, lo que no es otra cosa que la culpabilidad jurídico-penal⁴⁷.

Al igual que ocurre con cualquier comunicación, se abren nuevas posibilidades de vinculación para ulteriores comunicaciones, una de las cuales, en nuestro caso, es precisamente la pena. Con la imposición / imputación de una pena de nuevo se indica un lado del código jurídico; ahora el lado legal del código, lo cual, al mismo tiempo, significa la negación del otro lado; esto es, del lado de lo ilegal. Con esta comunicación autorreferencial – la pena – el sistema jurídico – y con ello, la sociedad – confirma su *configuración actual* y niega, en consecuencia, otras configuraciones alternativas. Confirma su autorreferencia, su autoproducción; expresado de otra manera: confirma su propia vigencia⁴⁸. La pena, en definitiva, constituye uno de los símbolos de vigencia más importantes. Esta actualización de la configuración social implica que la pena no se orienta ni hacia el pasado ni hacia el futuro, sino a la diferencia entre pasado y futuro: se orienta hacia el presente. Con otras palabras: la pena confirma la configuración actual, la configuración presente (ni la pasada ni la futura). Con esta oscilación entre autorreferencia y heterorreferencia (legal / ilegal) el sistema jurídico-penal alcanza su estabilidad dinámica, lo cual implica que confirma su identidad⁴⁹. La sociedad reacciona frente a estas irritaciones a través de su sistema jurídico-penal y, de hecho, lo hace como un sistema inmunológico⁵⁰.

6. ¿Quién no quiere aprender?

⁴⁶ Vid. LUHMANN, *Rechtstheorie*, 1991, pp. 273 y ss.

⁴⁷ Sobre los distintos conceptos de culpabilidad vid. NEUMANN, *Schuldprinzips*, pp. 391 y ss. Como consecuencia de ello debe tenerse en cuenta que la posición aquí sostenida trata de la vigencia de la norma, no de la vigencia de una norma, por lo que estas reflexiones están referidas a un sistema normativo, no a una sola norma.

⁴⁸ Hay que contar con que la vigencia es un símbolo de unidad del sistema jurídico [vid. LUHMANN, *Recht*, p. 103].

⁴⁹ Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung V*, pp. 14 y ss. Asimismo RILL, *Stabilität*, pp. 102 y ss. En relación con los conceptos de condensación y confirmación de SPENCER BROWN vid. LUHMANN, *Recht*, pp. 214.

⁵⁰ Sobre el derecho como sistema inmunológico vid. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 509 y ss.; EL MISMO, *Recht*, pp. 565 y ss.

En los últimos tiempos se ha venido otorgando una gran importancia al concepto de la expectativa⁵¹, tanto en la sociología, en general, como en el Derecho, en particular⁵². En este sentido, y de conformidad con una distinción que proviene de GALTUNG, se puede distinguir entre expectativas normativas y cognitivas⁵³. Dicha distinción se basa en la siguiente circunstancia: cuando las expectativas normativas son defraudadas, se puede seguir confiando en ellas; no se tiene por qué aprender. Sin embargo, en el caso de las expectativas cognitivas, si son defraudadas, deben olvidarse y, por tanto, se debe aprender. El verdadero problema – y, paradójicamente, su solución – aparece cuando existen expectativas de expectativas⁵⁴, es decir, con las expectativas reflexivas⁵⁵, y con el problema de la doble contingencia y del aumento de complejidad indefectiblemente anudado a las mismas⁵⁶. Precisamente en este punto, LUHMANN observó el indicio de la autopoiesis social, lo cual constituye una aportación decisiva de este autor. De esta manera se produce un fundamental cambio de paradigma que se caracteriza por el hecho de que el ser humano ya no se encuentra en una posición privilegiada, preeminente y exclusiva en el centro de la cognición: ahora tiene «competencia», la de los sistemas sociales⁵⁷. La sociedad y el Derecho se convierten en sujetos epistémicos, en sistemas capaces de conocer⁵⁸. En este contexto la pena adquiere una nueva dimensión.

En efecto, se acaba de hacer referencia a que, cuando se mantienen las expectativas normativas pese a su defraudación, no se quiere aprender. Pues bien, si sustituimos «se» por «sociedad», entonces resulta que con la imposición de la pena, la sociedad no quiere aprender en la actualidad. Precisamente por la diferenciación del Derecho en la sociedad como sistema inmunológico – esto es, para prestar la función de aseguramiento de expectativas (normativas) –, ésta reacciona de la mano del sistema-función (el Derecho) y no del sistema-función vinculado a las expectativas cognitivas: la ciencia. La pena, en definitiva, confirma el *status quo* de la sociedad y con ello su identidad.

⁵¹ Sobre el concepto de expectativa en Derecho penal vid. por todos el análisis de MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 91 y ss.

⁵² Vid. las referencias en LUHMANN, *Ausdifferenzierung*, pp. 73 y ss.; EL MISMO, *Recht*, pp. 124 y ss.

⁵³ GALTUNG, *Inquiry*, 1959, pp. 213 y ss.

⁵⁴ Vid. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 31 y ss.

⁵⁵ Vid. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 31 y ss.

⁵⁶ Vid. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 148 y ss. La intersubjetividad no ofrece ninguna solución a la contingencia, sino que sólo contiene una duplicación del problema. Si se observa al sujeto como una “caja negra” y a otro sujeto como otra “caja negra”, entonces entre ambas cajas negras se da una “caja blanca” (*white box*): en concreto, el sistema social [vid. GLANVILLE, *Behavioral Science*, 1982, pp. 1 y ss.; BAECKER, *Wozu Systeme?*, p. 96].

⁵⁷ LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 647 y ss.

⁵⁸ Vid. de manera introductoria TEUBNER, *Episteme*, pp. 115 y ss.

En este sentido, y en relación con la función del sistema jurídico-(penal), se pueden abrir nuevas perspectivas gracias a la cibernética de segundo orden, perspectivas que quizás tengan una relevancia significativa para la teoría de la prevención general positiva. El ser humano – así como, por ejemplo, una empresa – son observadas como máquinas no triviales (históricas) ⁵⁹, lo cual implica que se autoconducen. No existe una heteroconducción directa, entre otros motivos, porque no existe un acceso operativo del sistema jurídico al sistema de conciencia o de organización – ni viceversa –. Si el sistema jurídico es un sistema comunicativamente cerrado no puede entonces depender de qué efectos psicologizantes pueda producir en el interior de las cabezas de los seres humanos – o, en lo que hace a la responsabilidad penal empresarial, de las empresas –⁶⁰. Esta circunstancia parece estar relacionada con el hecho de que la comunicación, para ser verdaderamente autopoietica, debe contener en sí misma la posibilidad de su negación. Es por ello que la autopoiesis continúa su curso con independencia de que se produzcan (o no) efectos en el interior de los sistemas psíquicos. La continuación de la comunicación (autopoietica) sólo puede determinarse por la propia comunicación y ello resulta también válido para la función del Derecho penal.

7. ¿Objetivación de la comunicación?

Si se conciben el delito y la pena como comunicaciones adscritas por el Derecho penal se plantea entonces la cuestión de si resulta suficiente con la manifestación contenida en la sentencia de que el Derecho (y la sociedad) no han aprendido de la conducta del autor, esto es, de que se mantienen las estructuras de expectativas normativas – en definitiva: que la norma sigue estando vigente –⁶¹. En este sentido se pregunta el propio JAKOBS, «¿Por qué no resulta suficiente la afirmación de que no debe seguirse su ejemplo?»⁶². En una primera aproximación a la cuestión, se podría contestar que, en efecto, sí que resulta suficiente dicha afirmación: sólo que depende de cómo se comunique la misma. El problema, de acuerdo con las disposiciones teóricas aquí empleadas, reside precisamente en el *cómo* se comunica. De conformidad con la posición de JAKOBS, «así como el hecho configura de modo definitivo el mundo externo de las personas, también la reacción frente al hecho debe suponer una configuración definitiva, lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a éste, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo»⁶³. La pena debe, en definitiva,

⁵⁹ En el sentido de v. FOERSTER, *Wissen*, pp. 233 y ss.

⁶⁰ De acuerdo desde una perspectiva teórico-sistémica, HAUSCHILD, *Prävention*, pp. 135 y ss.

⁶¹ En este sentido MIR PUIG, *Derecho*, p. 138; también SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1995, pp. 926 y s.

⁶² JAKOBS, *Straftheorie*, p. 36.

⁶³ JAKOBS, *Teoría de la pena*, pp. 25 y s.; EL MISMO, *Normativización*, p. 52: “es necesario objetivar también la respuesta confirmatoria de la vigencia, y ello a costa del autor, ya que éste debe

objetivar – sc. configurar de manera permanente – el mundo externo de la misma manera en que el hecho la objetivado el mundo. Dicha objetivación, según JAKOBS, acontece mediante la «retirada de medios de interacción»; esto es, como violencia⁶⁴.

Con ayuda del arsenal teórico que se ha venido desarrollando hasta el momento puede observarse esta complicada relación desde otro punto de vista. El recurso al mundo exterior empleado por JAKOBS necesita de alguna precisión. En primer lugar, debe quedar bien claro que la teoría de sistemas no propugna ningún menosprecio del entorno, sino que, más bien al contrario, afirma que sin entorno, el sistema no existe. Si el sistema se concibe como una especie de forma⁶⁵, esto es, como la unidad de una diferencia – de hecho: como la unidad de la diferencia sistema / entorno –, entonces resulta evidente que ambos lados de la distinción son igualmente relevantes para la forma. Sin uno de esos «lados», el otro no puede existir. A este respecto, el entorno no debe ser despreciado, por lo que la solución propuesta por JAKOBS parece, hasta ese punto, correcta. Sin embargo, la importancia que tiene el entorno para el sistema tampoco debe magnificarse; el entorno no contiene información alguna para el sistema. El sistema se informa a sí mismo y el entorno no contiene información alguna: el entorno es como es⁶⁶. Para un sistema comunicativo, la información sólo puede proceder de la comunicación y viceversa: la comunicación sólo puede proceder de la información. La comunicación oral o escrita, así como el estar en prisión, son todas comunicaciones. No es que las primeras sean comunicaciones y la segunda constituya una configuración del mundo exterior; todas ellas son comunicaciones y todas ellas son configuraciones del mundo exterior. Al Derecho penal, no obstante, sólo le interesa el lado comunicativo, el cual se encuentra operativamente clausurado. A partir de esta reformulación del problema, se puede encontrar un principio de solución en la *teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados*⁶⁷. Así, el primer medio para la comunicación es el lenguaje y precisamente gracias a él se abren posibilidades de comprensión que, paradójicamente, conllevan un aumento de las posibilidades de *negación* de la comunicación. Para aumentar las posibilidades de éxito de la

resarcir a la sociedad por el daño en la vigencia de la norma que ha producido; los costes se imponen al autor privándole de medios de desarrollo”; EL MISMO, *Staatliche Strafe*, pp. 26 y ss.

⁶⁴ Si adoptamos la distinción entre persona material / formal [sobre ello vid. JAKOBS, *Norm*, pp. 98 y ss.], entonces parece que el problema de JAKOBS reside en que esta objetivación no se produce por el ser de la persona (la personalidad material) sino por su condición de individuo (personalidad formal, pero “humanidad” material). El autor se sienta en la cárcel no porque es individuo ([*homo phaenomenon*]). Para la persona material la mera exteriorización sería suficiente. Dudas similares se pueden encontrar en HAUSCHILD, *Prävention*, pp. 140 y s.

⁶⁵ De manera extensa BAECKER, *Wozu Systeme?*, pp. 83 y ss.

⁶⁶ La tesis número 11 de v. FOERSTER, *Wissen*, p. 123.

⁶⁷ Sobre lo que sigue vid. Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung II.*, pp. 170 y ss.; EL MISMO, *Macht*, pp. 4 y ss.; EL MISMO, *Soziale Systeme*, pp. 222 y ss., 338 s.; EL MISMO, *Recht*, pp. 98 y ss.; EL MISMO, *Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 316 y ss., 332 y ss., 359 y ss., 393 y ss.

comunicación, se han desarrollado a lo largo de la evolución de la sociedad distintos medios de comunicación simbólicamente generalizados.

Conjugando estas dos premisas, se puede señalar que mediante el lenguaje se abren posibilidades de comprensión que, gracias a los medios de comunicación simbólicamente generalizados, son conducidas a un aumento de la probabilidad del éxito de la comunicación. Precisamente por ello, dichos medios de comunicación *posibilitan una combinación, altamente improbable, entre selección y motivación*⁶⁸. Ahora bien, dicha selección y motivación, no tienen que concebirse en el sentido de una aceptación psicologista. En efecto, «estos conceptos no indican una serie de estados psíquicos (...), sino construcciones sociales que se conjugan con la suposición de los correspondientes estados de la conciencia. Se realizan en la propia comunicación a través de la recursividad»⁶⁹. Por lo tanto, de lo expuesto hasta ahora se deduce que la pena *significa* un incremento de las probabilidades del éxito de la comunicación «las normas son vigentes»⁷⁰ y a esta comunicación deben poder vincularse todas las personas – el autor, la víctima o terceros –. Funge, en consecuencia, como un modelo de orientación. De la mano de la terminología de JAKOBS se podría indicar que la pena, como el delito, interpretarse como una expresión de sentido⁷¹, cuyo sentido radica en confirmar la vigencia de la norma. La clausura operativa del Derecho implica que la pena debe observarse bajo el esquema derecho / deber – presuponiendo, por supuesto, que la imposición de la pena constituya una comunicación autorreferencial del sistema, esto es: una comunicación jurídica – y, por tanto, no bajo esquemas de satisfacción / insatisfacción u otros similares, claramente heterorreferenciales, que tengan que ver con el sufrimiento, el dolor...etc. La pena es el deber de la persona de soportar una grave vulneración de sus derechos: la persona en Derecho sólo entienden de derechos y deberes. Por tanto, la motivación, como *construcción* social, forma parte del «lado comunicativo» del concepto de pena⁷². De esta manera, la pena debe entenderse, desde la perspectiva

⁶⁸ LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 320 y s.

⁶⁹ LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 321 (sin subrayado en el original).

⁷⁰ Parece coincidir con esta perspectiva BOTKE, *Assoziationsprvention*, p. 63: “[Las normas] se mantienen contracomunicativamente, en general, frente a constatadas defraudaciones de expectativas, pese a que la probabilidad de una contracomunicación contrafáctica exitosa sea (...) pequeña”.

⁷¹ Esta formulación conlleva la ventaja de poder establecer una vinculación con las teorías expresivas de la pena desarrolladas en Estados Unidos. Vid una exposición general en ADLER, *U. Penn. L. Rev.*, 2000, pp. 1363 y ss.; ANDERSON / PILDES, *U. Penn. L. Rev.*, 2000, pp. 1503 y ss.; ADLER, *U. Penn. L. Rev.*, 2000, pp. 1577 y ss. Sobre la teoría de la pena, fundamental el trabajo de KAHAN, *Mich. L. Rev.*, 1997, pp. 2477 y ss.; EL MISMO, *Harv. L. Rev.*, 1999, pp. 413 y ss.; EL MISMO, *U. Ch. L. Rev.*, 1996, pp. 591 y ss.

⁷² La posición aquí defendida no dista mucho de la sostenida por PENARANDA RAMOS, *DOXA*, 2000, pp. 318 y ss.; EL MISMO, *RPDJP*, 2001, pp. 431 y ss. “la función de la pena desde una perspectiva de prevención general positiva, y no (preferentemente) intimidatoria es la de garantizar la vigencia de las normas dispuestas para proteger los bienes jurídicos esenciales mediante la asignación de consecuencias negativas a su infractor como motivo complementario para su cumplimiento”, concepción que se basa en una línea de

interna del sistema jurídico, como una *retribución comunicativa*, que, desde una perspectiva externa a dicho sistema⁷³, aumenta las probabilidades del éxito de la comunicación.

8. El dolor penal: ¿un constructo comunicativo?

Sin embargo, derivada de la cuestión que acaba de referirse respecto de la objetivación de la comunicación parece plantearse una ulterior: ¿qué rol juega entonces el «dolor penal»? De hecho, ha sido el propio JAKOBS el que ha introducido recientemente en su teoría de la pena el infligir dolor como elemento constitutivo de la misma, representando, incluso, una parte importante de la misma. Su pregunta reza: “¿Cómo es que resulta entonces necesaria la imposición de un mal?”⁷⁴. Según JAKOBS el significado y la finalidad se orientan hacia dos conceptos diferentes. Por

pensamiento iniciada por STRAWSON [vid. STRAWSON, *Resentment*, pp. 1 y ss.] y que goza de algunos partidarios ya en la discusión jurídico-penal [tempranamente BURKHARDT, *Charakterschuld*, pp. 118 y ss.; v. HIRSCH, *Castigar*, pp. 35 y s.; EL MISMO, *Prävention*, pp. 101 ss., 103 y ss.; cfr. la crítica de SCHÜNEMANN, *Generalprävention*, p. 112 considerando que se trata de una repetición innecesaria de la cuestión de la legitimidad]. Sumándose recientemente también a esta línea vid. ALCÁZER GUIRAO, *DOXA*, 2002, pp. 173 y ss. No obstante, lo que diferencia al planteamiento de PEÑARANDA RAMOS de los otros autores y lo acerca hacia el aquí sostenido es que no lleva a cabo una acentuación *moral*, sino una acentuación *comunicativa* de la pena. La diferencia que se plantee, probablemente, con lo aquí consignado es que también la “segunda dimensión” - la motivación - es, en la concepción constructivista, una construcción comunicativa y, por tanto, social, mientras que en la argumentación de PEÑARANDA RAMOS parece mostrarse como una dimensión individual.

⁷³ SOTO NAVARRO ha advertido correctamente esta distinción entre perspectivas interna y externa [vid. SOTO NAVARRO, *Protección*, pp. 50 y ss. (perspectiva interna) y 68 y ss. (perspectiva externa)], intentando efectuar, de nuevo con cierto, una oscilación entre autoobservación (perspectiva interna) y heteroobservación (perspectiva externa) de la cual se deriva un criterio “socio-valorativo” que proporciona como fundamento legitimador las convicciones sociales. Dado que se cuenta con un considerable déficit de la opinión pública en el procedimiento normativo, dicha autora trata, para materializar dichas convicciones sociales, de aproximarse al concepto procedimental de racionalidad propuesto por HABERMAS “según el cual sólo pueden pretender validez aquellas normas jurídicas que puedan alcanzar la aprobación de todos los miembros de la comunidad jurídica, en cuanto partícipes de un proceso comunicativo orientado al consenso” (sin subrayado en el original) [SOTO NAVARRO, *Protección*, p. 146 con referencias]. Sin embargo, todavía sigue sin responderse a la crítica que, en el ámbito de la consistencia de la teoría, presenta el “*quod omnis langit, omnibus tractari et approbari debet*”: exactamente en el “puedan”, lugar donde se esconde el problema o, expresado de otra manera, se invisibiliza la paradoja [vid. LUHMANN, *Card.L.Rev.*, 1996, p. 891; cfr. no obstante, el intento de réplica de HABERMAS, *Einbeziehung*, pp. 394 y ss.]. Dicho con otras palabras: dicho criterio sólo puede asumirse a costa de pagar el precio de una teoría inconsistente [otra cosa es que a HABERMAS, *Einbeziehung*, p. 398 “el precio de renunciar a una teoría universal (...), ya no [le] parezca un precio”].

⁷⁴ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 26; EL MISMO, *Reparación*, p. 343. Vid. asimismo el análisis de CANCIO MELIÁ / FEIJÓO SÁNCHEZ, *Prevenir riesgos*, pp. 56 y ss., quienes, no obstante su brillante análisis y de la crítica en p. 60, no parecen terminar de definir el rol del dolor en la ecuación de la pena.

un lado, el *significado* se refiere al lado *normativo* de la pena, mientras que la *finalidad* se vincula al *cognitivo*.⁷⁵ Pese a que dicho planteamiento - al igual que el aquí esbozado - reconoce, en principio, que el dolor es un portador de significado⁷⁶, percibe, además, que el dolor es una suerte de *additio* que juega un papel fundamental a la hora de asegurar la realidad del Derecho⁷⁷ - la idea del Derecho⁷⁸ - . Su rol está referido al aseguramiento cognitivo de expectativas normativas por lo que quien no encuentre ninguna razón normativa para preocuparse de ser fiel al Derecho - es decir: lo mínimo que se exige de una persona en Derecho para poder seguir considerándola como tal - tiene, por lo menos, una razón cognitiva - «la pena duele» -⁷⁹.

No obstante, los presupuestos constructivistas ofrecen, de nuevo otra posibilidad de observación. Ya la primera cuestión debe formularse de otra manera: ¿Por qué la forma de comunicar la pena va aparejada a la idea de imposición de un mal? La respuesta a dicha pregunta debe partir de un presupuesto operativo-constructivista evidente que se ha referido anteriormente: el sistema jurídico no tiene acceso al interior de la psique humana. La clausura operativa de la conciencia humana y la clausura operativa de la comunicación conllevan obligatoriamente dicha consecuencia. Sin embargo, es cierto que el concepto de pena va aparejado al concepto de imposición de un mal, del padecimiento de dolor. La vinculación entre ambos probablemente se deba a las razones aducidas por Jakobs de cimentación cognitiva de determinadas expectativas; pero ello gozaba de cierta lógica en sociedades primitivas con niveles ciertamente menores de complejidad social. Con la llegada de la sociedad moderna funcionalmente diferenciada parecen existir razones de peso para creer que ello ya no es así. Aquí, el dolor (psicologicista) *per se* - es decir: los mecanismos internos de la conciencia que transmiten los estímulos del dolor - no juegan un papel por sí mismos. Lo que si despliega ciertos efectos comunicativos, y desempeña su correspondiente rol, es precisamente la comunicación normativa sobre el dolor. Expresado en pocas palabras: de esta manera el dolor aparece como un constructo normativo que lleva aparejado determinados estados - normativos - de conciencia u organización⁸⁰. En consecuencia, el dolor sólo forma parte del concepto de la pena en la medida en la que la *comunicación sobre el dolor* - no el dolor en sí - sea considerado, normativamente, como relevante; lo cual, por supuesto, va variando con la evolución de la sociedad.

⁷⁵ O expresado de otra manera: “El dolor sirve al aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma; ésa es la finalidad de la pena. La contradicción de la negación de la vigencia por parte del autor constituye su significado” [JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 29].

⁷⁶ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 26.

⁷⁷ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 24 y ss., 27 y ss.

⁷⁸ Vid. JAKOBS, *Zweck*, pp. 262 y s. con expresa referencia a HEGEL.

⁷⁹ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 28.

⁸⁰ Para la aplicación de este principio a las personas jurídicas vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 248 y s., 296 y s.

Precisamente por ello se puede aclarar por qué en el desarrollo de la sociedad moderna el dolor físico siempre ha desempeñado un rol cada vez menor. Lo característico del sistema jurídico no reside en el lado cognitivo – sobre ello sólo puede tener suposiciones; eso sí, normativas – sino en el lado comunicativo.⁸¹ Cuando el sistema jurídico-penal intenta asegurar normativamente el lado cognitivo no desarrolla su función; esto es, la función que le permite reproducirse autopoieticamente. El lado cognitivo es un presupuesto, una condición – mejor: la condición de una posibilidad en términos kantianos – de la comunicación normativa, la cual, empero, no puede ser asegurada por el propio sistema jurídico. Si lo intenta, entonces el sistema autopoietico pierde su unidad⁸². Cuando se castiga, no se trata de influir en los procesos cognitivos que el dolor causa en el sistema psíquico del autor, sino sobre su significado comunicativo. *El dolor, por tanto, también es significado y no finalidad*. O expresado de otra forma: el «dolor» como portador de significados pertenecerá al concepto de la pena mientras que contribuya normativamente a la autocomprensión de la sociedad moderna – o mejor: la autocomprensión de su sistema jurídico – aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación.

Esta concepción parece explicar, entre otras cuestiones relevantes, la eliminación de las penas corporales en las sociedades avanzadas, siendo dichas penas las que infligen un mayor dolor físico y que, por tanto, deberían ser la base del sistema si el «dolor penal» fuera lo determinante de la pena. En idéntica línea se sitúan las instituciones de la suspensión o sustitución de la pena. En el primer caso, ni siquiera llega a ejecutarse físicamente la pena y en el segundo se sustituye, *ad exemplum*, una pena de prisión por una pena de multa, con la consiguiente reducción del dolor físico penal. Y ello, en fin, por no hablar de la celebración de juicios en ausencia y la imposición de penas en los mismos, así como de la proliferación de la pena de multa en los últimos años. No parece poder entenderse toda esta continua evolución del Derecho penal en la sociedad moderna, si no se conceptualiza en dolor penal – al menos en parte – como constructo comunicativo del sistema jurídico. Formulado de una última manera: aunque la pena de multa y la multa administrativa tienen el mismo efecto en la conciencia de quien la sufre, la pena de multa goza de un significado comunicativo distinto desde el punto de vista normativo.

⁸¹ Como se indicó, el sistema jurídico consiste en el aseguramiento de expectativas normativas y, por tanto en un proceso de reflexión [vid. LUHMANN, *Recht*, pp. 129 y ss.].

⁸² Ello tiene una relevancia extraordinaria para la discusión sobre el Derecho penal del enemigo [sobre el mismo vid. de manera introductoria JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 40 y ss.; EL MISMO, *Feindstrafrecht*, pp. 41 y ss.] en el sentido de que la continuación de un Derecho penal del enemigo orientado puramente hacia lo cognitivo conlleva el fin del Derecho penal del ciudadano configurado normativamente [vid. al respecto GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Enemigo*, pp. 977 y ss.; ampliado en EL MISMO, *New Criminal Law Review*, 2008].

Ciertamente, esta concepción de la pena corre el riesgo de ser tildada de excesivamente teórica, o alejada de la realidad. Pero, con independencia de que proporciona, si quiera de manera provisional, una primera respuesta a por qué la pena ha evolucionado hacia parámetros alejados de la imposición de dolor físico a las personas, responde a una evolución paralela en la concepción del delito. En efecto, el delito también se ha concebido tradicionalmente como la causación de un mal, que en sus orígenes resultaba de igual manera vinculado a la causación de un dolor. El hecho de que la evolución respecto del concepto de delito haya conllevado la desvinculación de éste respecto de la causación de un dolor físico, implica que la pena haya experimentado una evolución similar. La concepción del delito como comunicación que lleva aparejada el dolor como constructo comunicativo implica una concepción de la pena igualmente comunicativa que lleva aparejado idéntico constructo. De ahí que la concepción aquí sostenida haya sido denominada como «retribución comunicativa» – sc. retribución del significado del delito en idéntica extensión comunicativa; es decir, incluida la dimensión comunicativa correspondiente al constructo comunicativo del dolor –. En pocas palabras: *tanto delito como pena, desde la perspectiva del sistema jurídico-penal, resultan comunicaciones que llevan aparejadas el dolor como constructo comunicativo*.

9. ¿El peligro de este tipo de observaciones?

En la discusión actual sobre la prevención general positiva pueden observarse dos direcciones claramente diferenciadas que se deben a una decisión teórica que separa al constructivismo radical del constructivismo operativo aquí sustentado. «Un principio postula que el Derecho penal puede influir las representaciones de los individuos, mientras que para el otro no son los seres humanos y sus actitudes lo que cuentan, sino el mantenimiento del sistema normativo»⁸³. Estas dos perspectivas tan diferentes vienen dadas por «una decisión de origen, más allá de la cual no se puede retroceder»⁸⁴. Dicha decisión teórica tiene que ver con lo que se considere elementos u operaciones del sistema social. Cuando en lugar de seres humanos se considera que la «unidad básica» de los sistemas sociales son las comunicaciones – tal y como se expuso al principio de este texto – entonces emergen la sociedad y el derecho como sistemas sociales autopoieticos. Precisamente es en este aspecto en el que parte de la dogmática penal – y la teoría social – ven el peligro de que «el mantenimiento del sistema comunicativo sea valorado más que la autorrealización de los seres humanos»⁸⁵. La cuestión decisiva, sin embargo, probablemente no sea si uno de los aspectos se valora más que el otro, sino si la

⁸³ Vid. HÖRNLE / VON HIRSCH, GA, 1995, p. 261. Vid. también NEUB, *Strafzweck*, pp. 77 y s.

⁸⁴ KARGL, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1991, p. 127.

⁸⁵ *Ibid.*

observación efectuada resulta cierta. Si en verdad el sistema jurídico se puede observar como un sistema autopoietico, clausurado operativamente y, por tanto, que se autoconduce, entonces deben tenerse muy en cuenta las consecuencias que se derivan de dicho entendimiento y que resultan, en última instancia, valorativamente neutras. El conocimiento que se deriva de este planteamiento ofrecería, entonces, una comprensión más exacta y correcta de la sociedad moderna. Lo que se haga con dicho conocimiento es una cuestión radicalmente distinta.

Desgraciadamente, como ha indicado BAECKER, «los sistemas nunca han tenido buena prensa» y es que, de hecho, parecen favorecer a quienes buscan métodos y formas de controlarlo todo⁸⁶. Sin embargo, la sensación de estar controlado por alguien debería desaparecer cuando se comprende que el sistema no es una máquina trivial, sino una máquina no trivial y por tanto histórica: el sistema se conduce y guía a sí mismo. Cualquier intento de una heteroconducción externa del mismo está condenada al fracaso. Sólo una observación cuidada permitirá descubrir la racionalidad propia del sistema que, en ningún caso, podrá coincidir con la racionalidad de los otros sistemas sociales⁸⁷ puesto que ello implicaría la desaparición del sistema. A la vista de la discusión hoy en día sumamente preocupante en torno a la expansión del Derecho penal⁸⁸ se presenta aquí la oportunidad de realizar una breve consideración. Si el Derecho es, dentro del sistema jurídico, un sistema autoconducido, entonces fracasarán todos los intentos que pretendan implementar controles directos de su expansión. La propuesta adecuada, al menos desde esta perspectiva, sería la de una forma de heterorregulación de la autorregulación⁸⁹. Seguramente sería más fácil considerar que el derecho no es un sistema autopoietico – es decir: considerar que el derecho es una máquina trivial no histórica – pero, por desgracia, los precisos análisis de algunos científicos han mostrado que esta simplificación es, en realidad, inadecuada y contraproducente. Probablemente no ha beneficiado la posición de estos teóricos haber mostrado las paradojas de la sociedad (post)moderna. Como siempre, las paradojas irritan notablemente y la reacción normal – sobre todo en la tradición occidental – ha sido negarlas tildándolas de «círculos viciosos»⁹⁰. Sin embargo, ante

⁸⁶ BAECKER, *Theory, Culture & Society*, 2001, p. 59.

⁸⁷ Vid. TEUBNER, *Cardozo Law Review*, 1996, pp. 901 y ss. Cfr. también EL MISMO, *ARSP*, 1996, pp. 199 y ss.

⁸⁸ Vid. HASSEMER, *ZRP*, 1992, pp. 379 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, *passim*. El problema realmente depende de la conocida “juridificación de las esferas sociales [al respecto vid. TEUBNER, *Verrechtlichung*, pp. 289 y ss.]) Parece más acertado abordar el problema de la expansión desde una perspectiva evolutiva [vid. en este sentido MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 178 y ss.].

⁸⁹ Vid. TEUBNER, *Legal Instrumentalism*, pp. 299 y ss. Para algunos ejemplos vid. LADEUR, *Die Verwaltung*, 2001, pp. 59 y ss. En España resulta fundamental la monografía de DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación*, *passim* a cuya exposición nos remitimos.

⁹⁰ SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 13 y ss., 16. critica duramente el normativismo debido a que conduce a un “círculo vicioso”. La cibernética de segundo orden ofrece una posibilidad interesante: la tarea consiste “librar al círculo diabólico, al círculo viciosos de

una paradoja, el observador puede o bien quedarse petrificado negándola o proceder de manera morfogenética⁹¹ y desarrollarla: esto es, trazando distinciones. Desde la perspectiva aquí adoptada esta decisión depende mucho de la autocomprensión que tenga la ciencia penal de sí misma⁹². ¿Prefiere la ciencia penal hacer invisible la para(doxa) y permanecer bajo el dogma (doxa) o mostrar la para(doxa) y desarrollar creativamente el dogma (doxa)?⁹³

10. Conclusión

Si de la mano de la cibernética de segundo orden se observan sistemas sociales como la sociedad o el Derecho penal, entonces se abre un paradigma con un potencial explicativo enorme en el cual el delito y la pena se comprenden como comunicaciones acompañadas del «dolor» como constructo comunicativo. Ambas son imputadas por el sistema jurídico-penal, lo cual conlleva que se formen diversas distinciones: una imputación significa un cuestionamiento de la vigencia de la norma y por tanto la apertura de esbozos de mundos posibles, potenciales; sin embargo, la otra imputación (la de la pena) conlleva su negación en el sentido de la confirmación de la identidad normativa de la sociedad – la confirmación de la vigencia de la norma –. Para que exista cierta paridad en el plano comunicativo, ambas comunicaciones llevan implícitas el dolor como constructo comunicativo. La confirmación adopta la forma de la pena, la cual aumenta las posibilidades de éxito de la comunicación referida a la vigencia de la norma; por tanto, constituye uno de los símbolos de vigencia más elementales de la sociedad moderna. En este marco, el dolor penal actúa como constructo comunicativo de lo que ocurre al cometer un delito y al imponer una pena, con independencia de que finalmente acontezca dicho dolor.

11. Bibliografía citada

toda connotación negativa y elevarlo a la posición de *circulus creativus*” indica v. FOERSTER, *Sicht und Einsicht*, p. 66. La respuesta a una paradoja reza: traza una distinción.

⁹¹ Vid. KRIPPENDORFF, *Paradox*, pp. 46 y ss.; LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 480 y ss.; TEUBNER, *American Journal of Comparative Law*, 1997, pp. 155 y s.

⁹² Vid. JAKOBS, *Omisión*, p. 151. Vid. el informe principal, los comentarios y el informe sobre la discusión sobre el tema ESER / HASSEMER / BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, pp. 21 y ss. Cfr. la recensión de SCHÜNEMANN, GA, 2001, pp. 205 y ss. De manera reciente JAKOBS, *Disciplina científica*, pp. 15 y ss.; para la concepción propia de la ciencia del Derecho penal vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Distinciones teóricas*, pp. 17 y ss., 36 y ss.

⁹³ Vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 486 y ss.; EL MISMO, *Stenographie*, pp. 58 y ss.; EL MISMO, *Journal of Law & Society*, 1988, pp. 153 y ss.

ADLER, Mathew D., "Expressive Theories of Law: An Skeptical Overview", *U.Penn.L.Rev.* (147), 2000, pp. 1363 y ss.

ADLER, Mathew, "Linguistic Meaning, Nonlinguistic 'Expression', and the Multiple Variants of Expressivism: A Response To Professors Anderson and Pildes", *U.Penn.L.Rev.* (148), 2000, pp. 1577 y ss.

ALCÁZER GUIRAO, Rafael, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *DOXA* (25), 2002, pp. 139 y ss.

ANDERSON, Elisabeth / PILDES, Richard, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", *U.Penn.L.Rev.* (148), 2000, pp. 1503 y ss.

ASHBY, William Ross, *Introduction to Cybernetics*, London 1956.

BAECKER, Dirk, *Wozu Systeme?*, Berlin 2002.

BAECKER, Dirk, *Organisation als System*, Frankfurt 1999.

BAECKER, Dirk, "Die Unterscheidung zwischen Kommunikation und Bewusstsein", en KROHN, Wolfgang / KÜPPERS, Günter (eds.), *Emergenz: Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 102 y ss.

BAECKER, Dirk, "Why Systems?", *Theory Culture & Society* (18), 2001, pp. 59 y ss.

BOTTKE, Winfried, *Assoziationsprävention*, Berlin 1995.

BRIER, Soren, "Foreword", *Cybernetics & Human Knowing* (3), 1995.

BURKHARDT, Björn, "Charaktermängel und Charakterschuld", en: LÜDERSEN / SACK (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht. Tomo I*. Frankfurt a.M. 1980, pp. 118 y ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar», en JAKOBS, *La pena estatal: Significado y finalidad*, Madrid 2007, pp. 15 y ss.

CORSI / BARALDI / ESPOSITO, GLU: *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt a.M. 1998.

DARNACULLETA I GARDELLA, M^a Mercè, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid 2005.

DUBBER, Markus, "Rediscovering Hegel's Theory of Crime and Punishment", *Mich.L.Rev.* (92) 1994, pp. 1577 y ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Montevideo/Buenos Aires 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», en CANCIO MELIÁ / FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid 2008, pp. 145 y ss.

V. FOERSTER, Heinz, *Observing Systems*, Seaside 1981.

V. FOERSTER, Heinz, "Für Niklas Luhmann: Wie rekursiv ist Kommunikation", *Teoria Sociologica* (2), 1993, pp. 61 y ss.

V. FOERSTER, Heinz, *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, Frankfurt a.M. 1993, pp. 112 y ss.

V. FOERSTER, Heinz, "An Niklas Luhmann", en BARDMANN / BAECKER (ed.), *Gibt es eigentlich den Berliner Zoo noch? Erinnerungen an Niklas Luhmann*, Konstanz 1999, pp. 13 y ss.

V. FOERSTER, *Sicht und Einsicht*, Frankfurt a.M. 1999.

FRISCH, Wolfgang, "Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des Abschieds von Kant und Hegel", en SCHÜNEMANN, Bern / von HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, pp. 125 y ss.

GALTUNG, "Expectations and Interaction Processes", *Inquiry* (2), 1959, pp. 213 y ss.

GLANVILLE, Ranolph, "Insider Every White Box There Are Two Black Boxes Trying To Get Out", *Behavioral Science* (27), 1982, pp. 1 y ss.

GLANVILLE, Ranolph, "An Observing Science", *Foundations of Science* (6), 2001, p. 45 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada 2005, pp. 385 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Bogotá 2003, pp. 17 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires / Montevideo 2006, pp. 977 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Enemy Combatants vs. Enemy Criminal Law”, *New Criminal Law Review* 2008 (en prensa).

GÜNTHER, Gotthard, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*. Band 1, Hamburg 1976.

GÜNTHER, Klaus, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft”, en PRITTWITZ, Cornelius / MANOLEDAKIS, Ioannis (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Rostock 1999, p. 35 y ss.

HABERMAS, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, 2ªed. Frankfurt a. M. 1997.

HASSEMER, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP*, 1992, pp. 379 y ss.

HAUSCHILD, Jörn, *Die positive Generalprävention und das Strafverfahren. Eine systemtheoretische Betrachtung*, Frankfurt a.M. 2000.

HEGEL, Georg W. F., *Wissenschaft der Logik. Erstes Buch [1832-1845]*, MOLDENHAUER, Eva / MICHEL, Klaus (eds.), Frankfurt a.M. 1986.

HEIDENESCHER, Martin, “Zurechnung als soziologische Kategorie”, *Zeitschrift für Soziologie* (21), 1992, pp. 440 y ss.

HEIDER, Friedrich, “Ding und Medium”, *Philosophische Zeitschrift für Forschung und Aussprache* (1), 1926, p. 109 y ss.

HÖRNLE, Tatjana / VON HIRSCH, Andrew, “Positive Generalprävention und Tadel”, *GA*, 1995, pp. 261 y ss.

HUTTER, Michael / TEUBNER, Gunther, “Der Gesellschaft fette Beute. Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen”, en FUCHS, Peter / GÖBEL, Andreas (eds.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?*, Frankfurt 1994, pp. 110 y ss.

v. HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, (trad. Elena Larrauri), Madrid 1998.

v. HIRSCH, Andrew, “Tadel und Prävention: Die Übelszufügung als Element der Strafe”, en SCHÜNEMANN, Bern / von HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, pp. 101 ss.

Informe principal, los comentarios y el informe sobre la discusión sobre el tema “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit”, en: ESER, Albin / HASSEMER, Winfried / BURKHARDT, Björn (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, pp. 21 y ss.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin 1991.

JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München 1992.

JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚alteuropäische‘ Prinzipiendenken – Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?”, *ZStW* (107), 1995, pp. 844 y ss. [= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio Meliá), Madrid 1996].

JAKOBS, Günther, “Zur gegenwärtigen Straftheorie”, en KODALLE, Klaus (ed.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, Würzburg 1998, pp. 39 y ss. [= *Sobre la teoría de la pena* (trad. Cancio Meliá) Bogotá, 1998].

JAKOBS, Günther “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en NEUMANN, Ulfried / SCHULZ, Lorenz (ed.), *Verantwortung in Recht und Moral* ARSP 2000, pp. 59 y ss. [= “Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma” (trad. Sánchez-Vera/ Gómez-Jara) en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de los sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada 2005, pp. 177 y ss.].

JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin 1999.

JAKOBS, Günther, "La omisión: Estado de la cuestión", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid 2000, pp. 151 y ss.

JAKOBS, Günther, *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*. Manuscrito, 2002.

JAKOBS, Günther, "Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels", en: KOTSALIS, Leonidas (ed.), *Festschrift für Androulakis*, Atenas 2003, pp. 251 y ss.

JAKOBS, Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en: HSU/YU HSIU (ed.), *Foundations and limits of criminal law and criminal procedure*, 2003, pp. 41 y ss. [= "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" (trad. Cancio Meliá), en: JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid 2004, pp. 21 ss.].

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004 [= *La pena estatal: Significado y finalidad* (trad. Cancio/Feijoo), Madrid 2007].

JAKOBS, Günther, "La pena como reparación del daño" (trad. Cancio Meliá), en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Bogotá 2005, pp. 339 y ss.

JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, Madrid 2008.

KAHAN, Dan M., "Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence", *Mich.L.Rev.* (95), 1997, pp. 2477 y ss.

KAHAN, Dan M., "The Secret Ambition of Deterrence", *Harv.L.Rev.* (113), 1999, pp. 413 y ss.

KAHAN, Dan M.; "What do Alternative Sanctions Mean", *U.Ch.L.Rev.* (63), 1996, pp. 591 y ss.

KANT, Immanuel, *Einführung in die Metaphysik der Sitten*, Edición de KELLERMANN [1797], Frankfurt a.M. 1916.

KARGL, Walter, "Kommunikation kommuniziert?: Kritik der rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs", *Rechtstheorie* (21), 1990, p. 352 y ss.

KARGL, Walter, "Gesellschaft ohne Subjekte oder Subjekte ohne Gesellschaft? Kritik der rechtssoziologischen Autopoiesekritik", *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (12), 1991, pp. 127 [= "¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del Derecho como sistema autopoietico" (trad. Feijoo Sánchez), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada 2005, pp. 41 ss.].

KLUG, Ulfried, "Abschied von Kant und Hegel", en BAUMANN, Jürgen (ed.), *Programm für ein neues StGB*, 1968, pp. 41 y ss.

KRAWIETZ, Werner / WELKER, Michael, *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt a.M. 1993.

KRIPPENDORFF, Klaus, "Eine häretische Kommunikation über Kommunikation über Realität", *Delfin* (13), 1990, pp. 52 y ss.

KRIPPENDORFF, Klaus, "Paradox and Information", en DERVIN, Brenda / VOIGT, Melvin (ed.), *Progress in Communication Sciences* (5), Norwood NJ 1984, pp. 46 y ss.

LADEUR, Karl Heinz, "Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer 'Logik der Netzwerke'. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft", en *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 2001, pp. 59 y ss.

LESCH, Heiko "Zur Einführung in das Strafrecht: Über Sinn und Zweck staatlichen Strafens", *JA*, 1994, pp. 513 y ss.

LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln 1999.

LEYDESDORFF, Loet, "The Possibility of a Mathematical Sociology of Scientific Communication", *Journal of General Philosophy of Science* (27), 1996, pp. 244 y ss.

LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen 1972.

LUHMANN, Niklas, "Wie lassen sich latente Strukturen beobachten?", en WATZLAWICK, Paul / KRIEG, Peter (ed.), *Das Auge des Beobachters – Beiträge zum Konstruktivismus: Festschrift Heinz von Foerster*, München 1991, pp. 61 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M. 1981.

LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer Allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M. 1984.

LUHMANN, Niklas, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1990.

LUHMANN, Niklas, *Essays on Self-Reference*, New York 1990.

LUHMANN, Niklas, "Der Sinn als Grundbegriff der Soziologie", en: LUHMANN, Niklas / HABERMAS, Jürgen (eds.) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a.M. 1971, pp. 25 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung II. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen 1975, pp. 170 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Macht*, Stuttgart 1975.

LUHMANN, Niklas, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", *Journal of Law & Society* (15), 1988, pp. 153 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung V. Konstruktivistische Perspektiven*, Opladen 1990.

LUHMANN, Niklas, "Stenographie und Euryalistik", en: GUMBRECHT, Hans / PFEIFFER, Ludwig (ed.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt a.M. 1991, pp. 58 y ss.

LUHMANN, Niklas, "Die Geltung des Rechts", *Rechtstheorie* (22), 1991, pp. 273 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Die neuzeitlichen Wissenschaften und die Phänomenologie*, Wien 1995.

LUHMANN, Niklas, "The Concept of Society", *Thesis Eleven* (31), 1992, pp. 29 y ss.

LUHMANN, Niklas, "Antwort auf Heinz von Foerster", en *Teoria Sociologica* (2), 1993, pp. 85 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993.

LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995.

LUHMANN, Niklas, "Dekonstruktion als Beobachtung zweiter Ordnung", en BERG, Henk / PRANGEL, Matthias (ed.), *Differenzen. Systemtheorie zwischen Dekonstruktion und Konstruktivismus*, Tübingen 1995, pp. 25 y ss.

LUHMANN, Niklas, "Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory", *Card.L.Rev.* (17), 1996, pp. 891 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1999.

MATURANA, Humberto / VARELA, Francisco, *El árbol del conocimiento*, Madrid 1990.

MERTEN, Klaus, *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozessanalyse*, Opladen 1977.

MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, Glencoe 1957.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid 1994.

MÜLLER-TUCKFELD, Jean Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt a.M. 1998.

MÜSSIG, Bernd, "Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht", en ROGALL, Klaus / PUPPE, Ingeborg / STEIN, Ulrich / WOLTER, Jürgen (ed.), *Festschrift für Rudolphi*, Berlin 2004, pp. 165 y ss. [= Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización" (trad. Cancio Meliá), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granda 2005, pp. 197 y ss.].

MÜSSIG, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter oder abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a.M. 1994.

NEUB, Frank, *Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen*, Aachen 2001.

NEUMANN, Ulfried, "Ontologische, funktionale und sozietische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips", en LÜDERSEN, Klaus (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 391 y ss. [= "La

interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad", *RDPCr.* (13), 2004, pp. 135 y ss.].

NONET, Phillip, "Sanction", *Cumberland Law Review* (25), 1994, p. 489 y ss.

PAWLIK, Michael, "Die Lehre nach der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung", *Rechtstheorie* (25), 1994, p. 451 y ss.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln 1999.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito", *DOXA* (23), 2000, pp. 318 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, "Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal", *RPDJP* (2), 2001, pp. 431 y ss.

PUPPE, Ingeborg, "Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik", en SAMSON, Erich / DENCKER, Friedrich / FRISCH, Peter / FRISTER, Helmut / REIß, Wolfram (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden 1999, pp. 469 y ss.

PUPPE, Ingeborg, "Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik", *GA*, 1994, pp. 297 y ss.

RASCH, William, "Preface", en LUHMANN, *Theories of Distinction: redescribing the descriptions of modernity*, Stanford 2002.

RASCH, William, *Niklas LUHMANN's Modernity: The Paradoxes of Differentiation*, Stanford 2000.

RILL, Ingo, *Symbolische Stabilität. Dynamik und Stabilität bei Ernst Cassirer und Niklas Luhmann*, Würzburg 1995.

ROTH, Gehard, *Fühlen, Denken, Handeln: wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt a.M. 2003.

SCHILD, Wolfgang, "Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff", *GA*, 1995, pp. 109 y ss.

SCHUMANN, Karl, *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd, en ZIESCHANG, Frank, "Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock", *ZStW* (107), 1995, pp. 926 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Zur Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie", en SCHÜNEMANN, Bernd / von HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils (eds.): *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, pp. 109 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", *GA* 2001, pp. 205 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en: SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried / HAFKE, Bernhard / RUDOLPH, Hans-Joachim (ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin 2001, pp. 13 y ss.

SEELMANN, Kurt, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegel's Straftheorien*, Freiburg 1995.

SHANNON, Claude / WEAVER, Warren, *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana 1963.

SILLER, Peter / KELLER, Bertram (eds.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, *La expansión del Derecho penal*. 2ª ed., Madrid 2001.

SIMON, Fritz, *Unterschiede, die Unterschiede machen. Klinische Epistemologie: Grundlage einer systemischen Psychiatrie und Psychosomatik*, Frankfurt a.M. 1993.

SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada 2003.

SPENCER-BROWN, George, *Laws of Forms*, London 1969.

STRATENWERTH, Günter, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin 1995.

STRAWSON, Peter F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, London 1974.

TEUBNER, Gunther, "Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", en KÜBLER, Friedrich (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, pp. 289 y ss.

TEUBNER, Gunther "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", en TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin 1986, pp. 299 y ss.

TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Berlin 1988.

TEUBNER, Gunther. "Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts", en: GRIMM, Dieter (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990.

TEUBNER, Gunther, "De Collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics", *Cardozo Law Review* (17), 1996, pp. 901 y ss.

TEUBNER, Gunther, "Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche", *ARSP Beiheft* (65), 1996, pp. 199 y ss.

TEUBNER, Gunther, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *American Journal of Comparative Law* (45), 1997, pp. 155 y ss.

LA PENA COMO PROTECCION JURIDICA
CONSCIENTE DE SU FINALIDAD

1. Un logro perenne de las teorías relativas es el de haber investigado y constatado, con los escasos medios disponibles a la sazón, los impulsos que subyacen en la pena y sus efectos próximos. La estadística criminal no podrá cambiar nada, o cambiará levemente, tales resultados. La debilidad de las teorías relativas residía en su unilateralidad. De ella debemos nosotros protegernos.

La pena es coacción. Se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrara corporización. Como coerción, la pena puede ser de doble naturaleza ⁶⁶.

a) Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivación. La pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos. Ella multiplica y fortalece los motivos existentes. Ope-

⁶⁶ Cfr. Ihering, op. cit., págs. 50 y sigs., y 238 y sigs., y mi *Reichsstrafrecht*, págs. 3 y sig.

ra como artificial adecuación del delincuente a la sociedad,

- α) por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales;
- β) por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas.
- b) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto. "La naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel" ⁶⁷.

Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos ⁶⁸.

A estos efectos de la ejecución penal, poco de importancia puede agregárseles. Que la pena tenga una serie de efectos reflejos, como quisiera llamarlos ⁶⁹, es claro, pero no tan significativo como para

⁶⁷ Ihering, op. cit., pág. 51.

⁶⁸ Cfr. los tres fines de la pena en Platón, *Legg.*, IX, 854 y sigs., y Aristóteles, *Eth. Nicom.*, II, 3, § I, y X, 9, §§ 3, 8 y 9.

⁶⁹ A este respecto, cabe hablar de los efectos de la pena sobre terceros, quienes no sufren ninguna de sus formas, que se ma-

derribar nuestra clasificación. Sólo una cosa precisa ser mencionada: el significado de la amenaza de la pena. Advirtiendo y disuadiendo, la pena refuerza los motivos que alejan de la delincuencia. Nosotros no debemos pasar por alto este efecto, pero aquí debemos dejarlo de lado. Porque para nosotros no se trata de imperativos estatales, sino de penas estatales; la amenaza penal es sólo un imperativo agudizado.

El valor de un concreto sistema de penas depende de la seguridad y de la elasticidad, con las cuales se logre cada uno de los tres objetivos de la pena. Y lo mismo rige respecto de las penas singulares. En ello reside la eficacia de la pena privativa de libertad, totalmente ignorada por *Mittelstaedt*, la que, por su capacidad, como ninguna otra, para adaptarse a todos los objetivos penales, está indudablemente llamada a un primer lugar y un papel conductor en el sistema de las penas.

¿Se precisa subrayar de manera especial que, de excluirse los tres objetivos de la pena en un caso concreto, debo adaptarla, precisamente, y según la naturaleza y extensión de la pena, al objetivo penal que sea necesario en tal caso concreto? ¿Es preciso subrayar que, si decapito y ahorco, no por ello voy a corregir ni a intimidar al delincuente; que veinticinco garrotazos no serán capaces de generar en él motivaciones altruistas? ¿Lo es que puede resultar una contradicción el que yo pretenda corregir, intimidar y

nifiestan, no sólo como prevención general, sino también en otros casos como fortalecimiento de las motivaciones sociales; y en la víctima, que pueden resumirse bajo el término *satisfacción*.

neutralizar a A a través de una determinada pena (digamos 300 marcos), y que no sea, sin embargo, una contradicción intimidar a A por una multa, corregir a B por prisión y neutralizar a C por una pena perpetua de privación de libertad? Quizás no sea del todo superfluo hacer una expresa referencia sobre el particular. *Sontag* dice al respecto ⁷⁰: "Una teoría aseguradora, que quiera al mismo tiempo escarmentar y sanar, es decir, que quiera mezclar fuego y agua, es en sí tan contradictoria, que aparece como un total enigma cómo pueda haber sustentadores de la misma (*von Liszt y Sichart*)". El enigma, en todo caso, se resuelve a la par que el malentendido.

2. Pero, si corrección, intimidación y neutralización son realmente los posibles efectos de la pena, y con ello las posibles formas de la protección de bienes jurídicos mediante la pena, entonces estos tres tipos de penas deben corresponder a tres categorías de delincuentes. En efecto, la pena se dirige contra ellos, y no contra las figuras de delito; el delincuente es el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción constituyen la esencia de la pena. Esta lógica exigencia está confirmada en lo esencial por los resultados que hasta ahora ha entregado la antropología criminal ⁷¹. Sin embargo, los vacíos de tales resultados, como su inseguridad, no permiten conclusiones defi-

nitivas que lleven al detalle. Pero, en general, podrá aceptarse la siguiente clasificación como punto de partida para observaciones ulteriores:

- 1) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella;
- 2) Intimidación de los delincuentes que no necesiten de corrección;
- 3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección.

Quisiera discutir en los párrafos que siguen la utilización práctica de esta clasificación. Al respecto, y para fines exclusivamente externos, me atendré a un orden distinto del seguido más arriba.

PRIMER GRUPO: *Los irrecuperables* ⁷². El combate

⁷² Es un mérito notable y duradero de Wahlberg el haber distinguido enérgicamente la fundamental diferencia entre delito habitual y delito ocasional. Cfr. en especial *Über das gewohnheitsmaessige Verbrechen mit besonderer Rücksicht auf den Gewohnheitsdiebstahl* (Acerca del delito habitual, con especial referencia al hurto habitual), en *Gesammelte kleinere Schriften* (Escritos menores completos), I, págs. 136 y sig.; *Das Mass und der mittlere Mensch im Strafrecht* (La medida y el hombre medio en el Derecho penal) (*Zeitschrift für das Privat und öffentl. Recht der Gegenwart* [Revista del Derecho Público y Privado del presente], vol. V, págs. 465 y sig.); *Das Gelegenheitsverbrechen* (El delito ocasional) (*Ges. kl. Schriften*, III, págs. 55 y sig.); *Das Mass und die Wertberechnung im Strafrechte* (Medida y evaluación en Derecho penal), en el mismo lugar, págs. 101 y sig., y Comunicación al Congreso penitenciario internacional de Estocolmo sobre la lucha contra la reincidencia, en el mismo lugar, págs. 213 y sig. No afecta en nada a dicho mérito la, en parte, justificada crítica a su definición jurídica del delito habitual y a la fundamentación jurídica del aumento de pena para él, que ha hecho con gran pericia Von Lilienthal en sus *Beitraegen zur Lehre von den Kollektiv-*

⁷⁰ *Zeitschrift*, I, pág. 491.

⁷¹ Cfr. los trabajos citados supra, especialmente los de Lombroso y Ferri.

enérgico contra la reincidencia es una de las tareas más importantes del presente. Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social. El doctrinarismo dominante en el campo de la ciencia del Derecho penal ha cargado sobre sí una grave culpa. En efecto, sumido en construcciones puramente conceptuales, se ha mantenido hasta el día de hoy —prescindiendo de algunas escasas excepciones— al margen de la cuestión.

La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y *demimondaines*, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas más distinguidas reconocen filas estos delincuentes. Mientras no hayamos encarado el rufianaje bajo el prisma ético-social, es un vano intento el de encarar la delincuencia habitual como tal. Mucho tendrá que servirnos al respecto la estadística moral; mucho, en especial, su aplicación en el campo de la antropología criminal,

delikten. El delincuente habitual existe, aunque no tengamos una buena definición de él. Contra Von Lilienthal, cfr. también Hael-schner, op. cit., pág. 551.

la que aún hoy carece de un método confiable. Pero no podemos esperar hasta que tales tareas se cumplan. Y tampoco precisamos esperar.

La delincuencia habitual encuentra su expresión jurídica en las cifras estadísticas de la reincidencia. De ellas, no obstante su imperfección, que nadie niega, podemos inferir hechos valiosos; hechos que nos ofrecerían base suficiente para una intervención inmediata.

En primer lugar, el hecho de que los reincidentes constituyen la mayoría de los delincuentes, y los irrecuperables, la mayoría de los reincidentes. Apoyo estas afirmaciones, por un lado, en los cálculos de *Sichart* para Württemberg ⁷³; por otro, en la estadística carcelaria oficial prusiana para el año que va del 1º de abril de 1880 al 1º de abril de 1881 ⁷⁴, recientemente publicada.

En los establecimientos carcelarios de Württemberg ⁷⁵, la relación de los reincidentes con la suma total de los condenados entre 1868-1869 y 1878-1879 subió del 34% al 48%; en la prisión para hombres de

⁷³ *Über die Rückfälligkeit der Verbrecher und über die Mittel zu deren Bekämpfung* (Acerca de la reincidencia de los delincuentes y de los medios de combatirla), 1881.

⁷⁴ *Statistik der zum Ressort des kgl. preuss. Ministeriums des Innern geboerenden Straf und Gefangenanstalten pro 1. April 1880/81* (Estadística de los establecimientos penales y penitenciarios dependientes del Ministerio prusiano del Interior, 1 de abril 1880/1881), Berlín, 1882.

⁷⁵ *Sichart*, pág. 8.

Ludwigsburg, entre 1866-1867 y 1877-1878, del 51% al 72%. Ello daría como cifra promedio para el año 1877-1878, 60% ⁷⁶. De los reincidentes de la prisión de Ludwigsburg (1649, que comprenden los ingresados desde el 1º de enero de 1872 al 31 de marzo de 1880), cada uno se encontraba como promedio por quinta vez en su recinto ⁷⁷. Cada condenado se había declarado culpable, como promedio, de 3,27 acciones punibles entre la fecha de su puesta en libertad y su ulterior reclusión ⁷⁸.

Según la estadística de los presos que ingresaron a los establecimientos penitenciarios de Prusia entre el 1º de abril de 1880 y el de 1887 ⁷⁹, convictos de crimen, el 76,47% ⁸⁰, había sido castigado con anterioridad por delitos más o menos graves. Del total de quienes fueron condenados en el mismo período por delito de menor gravedad, los reincidentes eran un 64,03% ⁸¹, contra 52,37 del año anterior. Conforme a ello, la cifra promedio de población reincidente para el año del 1º de abril de 1880 al de 1881 llega al 70%. De los 7.033 reclusos en presidio, según mis

⁷⁶ Igual cifra en Krohne, *Zeitschrift*, I, pág. 76.

⁷⁷ Sichart, pág. 11.

⁷⁸ Sichart, pág. 12.

⁷⁹ *Statistik (Estadística)*, pág. 43.

⁸⁰ El porcentaje de los reincidentes en la suma total de los detenidos: 76,70 (pág. 50).

⁸¹ *Statistik*, pág. 55.

cálculos, y con arreglo a las cifras indicadas ⁸², el 82% había sido condenado más de una vez, y de ellos, el 27% seis y más veces. De los 21.357 presos reincidentes, inculcados de delitos menos graves ⁸³, un 66% había sido condenado más de una vez, y de éstos, un 22% seis y más veces. Los promedios, por ello, llegan al 74% y 24,5%.

Las cifras hablan por sí solas. Confirman que nuestro actual tratamiento del reincidente es equivocado e insostenible; comprueban que al menos la mitad de todas las personas que anualmente pueblan nuestros establecimientos carcelarios, son delincuentes habituales irrecuperables. Pretender corregir a tal gente en presidios celulares, a un costo muy alto ⁸⁴, carece simplemente de sentido; y lanzarlos al contacto con el público luego de algunos años, como una fiera ⁸⁵, y volver a encarcelarlos y a "corregirlos" al cabo de dos años, después de que hayan vuelto a cometer tres o cuatro nuevos delitos, es más que una insensa-

⁸² *Statistik*, pág. 43.

⁸³ *Statistik*, pág. 55.

⁸⁴ Sichart calcula en cuatro mil marcos los costos de construcción de una celda (pág. 68); Krohne (*Zeitschrift*, I, pág. 66), entre cuatro mil quinientos y seis mil marcos. Cfr. al respecto Krohne, en el 10. *Vereinshefte des Nordwestdeutschen Vereins für Gefängniswesen* (Cuaderno número 10 de la Asociación del noroeste alemán para asuntos penitenciarios).

⁸⁵ Cfr. la drástica descripción en Kraepelin, *Abschaffung des Strafmasses*, pág. 21.

tez, y cosa distinta de una insensatez. Pero nuestro sistema penal de límites lo permite y lo exige; la "retribución" queda satisfecha y la ciencia penal está tan preocupada con la doctrina de la relación de causalidad, así como con la controversia sobre los delitos de omisión y otras cosas, que su tiempo no alcanza para ocuparse de estas bagatelas.

La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado) ⁸⁶.

Antes de decidirme a proseguir con el desarrollo de esta idea, quiero constatar otro hecho. Será tarea de la estadística criminal el comprobar qué delitos son los que suelen cometerse habitualmente; en tal empeño, la antropología criminal está en condiciones de prestar servicios importantes. Pero, sobre la base de los resultados hoy disponibles, podemos trazar con alguna certeza el contorno de estos delitos. Son, en primer lugar, los delitos contra la propiedad; en segundo término, ciertos delitos contra las buenas costumbres, es decir, aquellos delitos que arrancan de los más fuertes y originarios instintos humanos. Dicho

⁸⁶ Esta exigencia ya ha sido señalada a menudo, con mayor o menor perentoriedad. Cfr. en particular el informe de Wahlberg al Congreso penitenciario de Estocolmo; la bibliografía citada por Von Lilienthal, *Kollektivdelikte*, pág. 103; Schwarze, *Freiheitsstrafe*, pág. 47; Sichert, op. cit., pág. 39; Krohne, *Zeitschrift*, I, págs. 81 y sigs.; Sontag, *Zeitschrift*, I, págs. 505 y sig., y Mittelstaedt, *Gegen die Freiheitsstrafen* (Contra las penas privativas de libertad), pág. 70.

con más precisión, los siguientes serían los delitos que se podría citar al respecto ⁸⁷: hurto, alcahuetería, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, atentados sexuales y corrupción de menores ⁸⁸. Naturalmente, no queda excluida una complementación o una corrección de esta lista sobre la base de observaciones más exactas.

La "eliminación de la peligrosidad" me la figuro de la siguiente manera. El Código penal debería determinar —en la misma forma que los párrafos 244 y 245 del Código vigente— que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en comunidad en recintos especiales (presidios). Ella consistiría en una "servidumbre penal" ⁸⁹, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. Como sanción disciplinaria, la pena corporal sería casi inevitable ⁹⁰. Una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos debiera señalar

⁸⁷ Cfr. al respecto Von Lilienthal, op. cit., pág. 109, y Sichert, op. cit., pág. 13.

⁸⁸ Precisamente en el aumento de los delitos mencionados en último término se muestra con mayor claridad, como es sabido, el embrutecimiento de nuestras masas populares.

⁸⁹ Mittelstaedt, *Zeitschrift*, II, pág. 437.

⁹⁰ Cfr. el Proyecto del Parlamento federal para una ley alemana de ejecución penal, § 38, número 10, y la Exposición de motivos respectiva. Bibliografía reciente sobre la pena de azotes, en Sontag, op. cit., pág. 501.

el carácter incondicionalmente deshonesto de la pena. La reclusión individual sólo operaría como sanción disciplinaria, combinada con reclusión en cámara oscura y ayuno estricto ⁹¹.

No se precisaría perder toda esperanza de una vuelta a la sociedad. Los errores de los jueces son siempre posibles. Pero la esperanza debiera ser lejana, y la liberación, muy excepcional. Cada cinco años la Comisión revisora ⁹² anexa al tribunal en cuya jurisdicción se haya dictado la condena, podría presentar una propuesta de liberación. Si la Sala criminal de la Corte diera lugar a esta solicitud, se procedería a entregar al condenado a los establecimientos correccionales que se mencionarán más adelante. Un mal comportamiento tendría como consecuencia el **regreso** al presidio.

En lo esencial, se trataría, pues, de un obviamente significativo agravamiento y extensión de la pena por reincidencia que establece nuestro Código penal. Aquí se encontraría el punto de encuentro con cuantos, considerando como algo "históricamente dado" nuestro sistema penal de límites, se opongan por principio a toda reforma radical de éste.

SEGUNDO GRUPO: *Los que precisan de corrección.* El círculo de aquellos delitos que suelen ser co-

metidos de manera habitual encierra a la vez nuestro segundo grupo. Los delincuentes habituales se reclutan entre los individuos que precisan corrección, que por predisposiciones heredadas o adquiridas han llegado a la delincuencia, pero que no son aún casos perdidos sin esperanza. Las pequeñas cárceles son las principales agencias de enganche, pero los asilos para canallas, las cantinas y los burdeles les disputan tal privilegio. Estos principiantes de la carrera delictiva pueden, en numerosos casos, ser salvados. Pero ello, sólo por una seria y duradera disciplina. El mínimo de la pena de privación de libertad que opera en éstos casos no debiera, en general, bajar del año. No existe nada más corruptor y contradictorio que nuestra pena corta privativa de libertad contra los aprendices de la carrera de delincuente. Aquí, más que en cualquier otro caso, lleva la sociedad la parte del león en la culpa bajo la cual cede el futuro delincuente habitual.

Prácticamente, el asunto debiera estructurarse de la siguiente manera: En la primera y segunda comisión de alguna de las acciones penadas que se mencionan más arriba, el tribunal debe disponer la remisión a un establecimiento correccional. La sentencia llevaría consigo suspensión y no pérdida de los derechos honoríficos. La duración de la pena (que no se determinaría en la sentencia) no sería inferior a un año ni superior a cinco. El castigo comenzaría con reclusión unicelular. En el caso de buen comportamiento, el Consejo de vigilancia podría decidir un traslado a una progresiva reclusión comunitaria. Debe recurrirse al trabajo y a la educación básica como

⁹¹ Cfr. la propuesta de Sichart, op. cit., págs. 40 y sig.

⁹² Pienso en la institución, susceptible de un vigoroso desarrollo, propuesta en el § 8 del Proyecto citado. Sobre el particular, cfr. la Exposición de motivos, pág. 24, y Willert, *Zeitschrift*, II, pág. 488.

medios para fortalecer la fuerza de resistencia. La pena corporal como sanción disciplinaria quedaría en todo caso excluida. El Consejo de vigilancia podría proponer, una vez al año, al tribunal del territorio la remisión que favorezca a aquellos reclusos que aparentemente se hayan corregido. Aquel a quien se hubiera remitido la pena quedaría sometido a la vigilancia policial por un término igual al tiempo que permaneciera en reclusión. Luego de cinco años de reclusión, ella debería en todo caso terminar ⁹³; la persona puesta en libertad quedaría sometida por otros cinco años a la vigilancia policial.

A fin de asegurar el éxito de estos establecimientos correccionales, debiera haber asociaciones privadas de carácter oficioso, es decir, bajo la supervigilancia del Estado ⁹⁴ y sostenidas financieramente por éste ⁹⁵, que se preocuparan del alojamiento y del apoyo que precisen estos reclusos puestos en libertad.

EL TERCER GRUPO está compuesto, luego de los incorregibles y los que precisan de corrección, por el gran número de aquellos que, usando una expresión breve, podemos calificar como delincuentes oca-

⁹³ Por mi parte, no haría cuestión alguna contra la proposición de aumentar el límite máximo.

⁹⁴ Es decir, del Ministerio del que dependan los establecimientos penitenciarios.

⁹⁵ Las asociaciones privadas que no dependan sino de sí mismas, ocasionan, a mi entender, más daño que provecho. Apoyo no planificado es peor que ningún apoyo. La opinión reinante, en todo caso, no parece ser la expresada.

sionales, es decir, aquellos para los cuales el hecho cometido constituye un episodio, un descarrío generado por influencias preponderantemente externas, en quienes, por tanto, el peligro de una frecuente repetición de la acción punible cometida es mínima, y para quienes, por ende, carece de sentido una sistemática corrección. En tales casos, la pena debe restablecer simplemente la autoridad de la ley violada; ella debe ser intimidatoria, una advertencia, un "papel para pensar" adecuado al impulso egoísta del delincuente. Objetivamente, el campo de la pena intimidatoria abarca, pues, todos los delitos y faltas, con excepción de los ya mencionados, es decir, todos aquellos cuya comisión habitual no se halla comprobada por la estadística criminal. En general, podrían conservarse aquí las amenazas de pena de nuestro Código penal, aunque con disminución de los diversos grados que él contempla; pero, ciertamente, lo más recomendable sería una pena de privación de la libertad unitaria, que no necesariamente se deba cumplir en reclusión unicelular, con un mínimo no demasiado corto (no inferior a seis semanas) y con un máximo tampoco muy alto (diez años serían más que suficientes), y una pérdida facultativa de los derechos civiles y honorarios; junto a ella o en vez de ella podría considerarse, en un margen mayor del que tiene ahora, la pena de multa. La pena de muerte me parece superflua, toda vez que los incorregibles han quedado neutralizados ⁹⁶.

3. Estas proposiciones por lo pronto sólo deben

⁹⁶ Aquí, y en todo otro lugar, he prescindido completamente de las "contravenciones".

aportar la prueba de que el cumplimiento del principio de la medida de la pena, exigido por la idea de fin, es perfectamente posible, y sin que sea necesario abatir los postulados fundamentales del Derecho penal vigente en los países civilizados. También el sistema del límite punitivo es reestructurado y restringido, pero no derribado ⁹⁷; ni la eliminación de la medida penal ni la eliminación de la medida judicial de la pena constituyen el objetivo de mis proposiciones. En dos palabras se puede resumir lo que deba hacerse en forma indispensable e inmediata. Neutralización de los incorregibles y corrección de los corregibles. El resto es obvio. Frente a estas proposiciones, que, aunque muestren vacíos, me parecen jurídicamente comprensibles, no sé si *von Bar* se verá impulsado a hablar de los "acordes de una indeterminada música del futuro" ⁹⁸; pero, personalmente, la expresión no me merece reproche alguno. Tan sólo quisiera quedarme con lo esencial de esta imagen: el *leitmotiv* que nos salva de la melodía infinita de la negación de la negación del Derecho para conducirnos a la claridad y a la simplicidad es la idea de fin.

⁹⁷ Tan sólo debiera suprimirse la liberación condicional. Pero esta planta exótica jamás ha echado raíces en Alemania, ni, menos, dado frutos. No la extrañaremos.

⁹⁸ *Handbuch*, I, pág. 307. Asiento, satisfecho, a que las explicaciones en mi *Reichsstrafrecht* fueron formuladas de manera muy imprecisa. Pero las *kurzgefaßte Lehrsüch* (Lecciones resumidas) no me parecieron el lugar para desarrollar proposiciones de reforma. Y quisiera rechazar expresamente la responsabilidad por E. von Hartmann.

VI

OBJETIVOS PUNTUALES

Cuando intentábamos ganar, bajo la guía de la idea de adecuación a fin, las formas y la medida de la pena de protección, hubimos de dejar de lado la pena de retribución. Volvamos ahora a ella. Si bien el principio de la igualdad de valor entre delito y pena nos parece tan indudablemente insostenible como la inutilidad de la idea de la justicia proporcional, con ello no ha quedado demostrado, en absoluto, que la pena retributiva sea ni insostenible, ni inútil. ¿Acaso sea pensable otra forma, que se demuestre aceptable, tanto teórica como prácticamente? ¿Estará esta otra forma opuesta a la adecuación a fin?

No pretendo responder decididamente a ambas cuestiones. La única forma sostenible y fructífera de la pena retributiva es la pena de protección. No se trata de nombres. Pero el contraste entre el *quia peccatum est* y el *ne peccetur* debe ser reconocido de una vez por todas en toda su vacuidad y su equivocación. Ello no vale tan sólo para el principio de la pena, sino también en relación al concepto del ilícito penal, y también en relación al contenido y al ámbito de la pena. Lo primero, creo haberlo demostrado; lo

segundo, es hoy en día opinión compartida; lo tercero, es fácilmente aceptable ⁹⁹. Al delincuente debe retribuírsele según su valor para el ordenamiento jurídico; su valor jurídico reside en la desviación del equilibrio de las fuerzas que determinan la vida estatal, en la conmoción del ordenamiento jurídico; conforme a ello, la retribución consiste en la reconstitución del equilibrio, en el aseguramiento del orden jurídico. La pena de protección es la pena retributiva. Tal es, así lo creo, también el pensamiento fundamental de todas las teorías, de todas las especulaciones metafísicas acerca de la esencia de la pena. El origen de la división de opiniones radica en una conclusión equivocada. De retribución sólo podemos hablar frente a un hecho concreto, y éste es inseparable de la persona del autor. Trátese de un episodio de su vida caracterológica, trátese de una expresión de su más íntima esencia, no hay delito que no sea cometido por el delincuente. Hecho y hechor no son contradictorios, como lo supone aquel fatal error jurídico, sino que el hecho es del hechor. Si no lo es por haber sido provocado, si ha sido cometido en un acto de locura, si es obra de la caprichosa casualidad, entonces no procede la imputación ni tampoco la retribución. Sólo a partir del hecho concreto puede ser determinada la medida de la retribución. Partiendo de estos pensamientos es como hemos llegado a las proposiciones formuladas más arriba. Pero la opinión prevaleciente determina la pena para un hecho sin hechor; lo cual quiere decir que sus penas correspon-

⁹⁹ Cfr. también las indicaciones de Merkel, *Zeitschrift*, I, pág. 594.

den al concepto de delito, a la abstracción que de los hechos concretos han hecho la legislación y la ciencia ¹⁰⁰. Ella se pregunta: ¿qué pena merecen el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio? Debiera preguntar: ¿qué pena merecen este ladrón, este asesino, este testigo falso, este autor de abusos deshonestos? La pregunta referida es distinta de la que planteamos nosotros, y por eso la respuesta debió ser otra. Y la cuestión está mal planteada, precisamente mal planteada desde el prisma de la retribución. No es el concepto el que es castigado, sino el autor; por ello la medida de la pena retributiva no debe regirse por el concepto, sino que por el hecho del hechor. Ello parece ser una barata perogrullada; pero todavía hoy es una herejía.

La pena de protección es, por tanto, la pena retributiva bien entendida. La contradicción entre el *quia* y el *ne* es presunta ¹⁰¹. O dicho más extensamente: represión y prevención no son contrarios. ¿Nado porque me he caído al agua o para no ahogarme? ¿Tomo el remedio, porque estoy enfermo o para sanar? ¿Extendemos el cordón sanitario, porque en el país vecino domina una epidemia o para no contagiarnos? ¿Refuerzo la casa, porque puede caerse o para que

¹⁰⁰ Claramente, esta falsa conclusión, en Berner. Reprochada con frecuencia, se mantiene en todas las ediciones del *Lehrbuch* (*Tratado*).

¹⁰¹ Que las explicaciones de Von Ihering en *Zweck im Recht*, pág. 25, se hallen sólo aparentemente en contradicción con mi afirmación, me parece de una evidencia que no requiere prueba.

no se derrumbe? Todas estas preguntas equivalen a aquella que desde hace siglos constituye la manzana de la discordia de la doctrina iusfilosófica.

La pena es prevención mediante retribución, o, como bien podríamos también expresarlo, retribución mediante prevención. Con ello está contestada asimismo la pregunta que formulara *Binding*¹⁰² a los adherentes a la idea de fin: "¿Por qué castigamos sólo después de que se ha delinquido?". Sí; pero, ¿por qué sano sólo a los hombres que han enfermado?, ¿por qué no curamos también a los sanos? Ambas preguntas están justificadas. Tal como nosotros llamamos sanar sólo a la actividad médica que tiende a combatir la enfermedad, así llamamos pena sólo a la actividad estatal dañina al delincuente, ocasionada por el delito. Ello no excluye la tarea de hacer, aquí y allá, profilaxis. "¿Por qué no, en vez de punir, mejorar escuelas y policía?" ¡Desde luego! Si una policía sanitaria, desarrollada a la perfección, pudiera evitar todas las enfermedades, entonces no precisaríamos de médicos. Pero tal época dorada aún no ha despuntado. Y hasta entonces, ni la mejor escuela ni la más apta policía serán capaces de exterminar el delito. "¿Por qué no agradece la sociedad a aquel delincuente que pone a la vista la inseguridad de esa sociedad?" Por la misma razón por la cual el tratamiento sintomático no promueve ni estimula la fiebre, para que crezca y prospere, sino que la combate enérgicamente. "¿Cómo se justifica que el delincuente, es decir, efectivamente, un hombre, sea degradado a objeto de un

experimento que favorece a otros?" Podríamos hacer alusión a que nadie considera una degradación que el enfermo de viruelas, es decir, un hombre, sea llevado, para evitar el contagio, al hospital para enfermos contagiosos, pero no nos es necesario. Y ello, porque no hemos visto la esencia y la justificación de la pena precisamente en sus efectos reflejos¹⁰³. También con ello queda aclarado por qué tal experimento sea en tantos casos un fracaso. Por lo demás, en muchos casos, la penosa intervención no sirve de nada para prevenir el contagio de las epidemias y de ello no se deduce, como creen algunos, que haya que dejarse de lado toda medida preventiva. "Al fin, la teoría relativa debe arribar consecuentemente al postulado de que no en el Estado, sino en los círculos sociales amenazados, sin consideraciones de las fronteras estatales, debiera residir el derecho de castigar, mientras la realidad nos indica lo contrario". El sentido de este postulado no me ha quedado del todo claro. Si el delito significa lesión del orden jurídico estatal, si la pena es protección del orden jurídico estatal, entonces no son los círculos sociales, sino el Estado, quien debe estar investido del poder de castigar. Esta es la necesaria conclusión de la teoría de la protección. Por lo demás, hay también ciertos círculos sociales que son titulares de un Derecho penal especial, en parte reconocido por el Estado, en parte, incluso, transferido por éste y destinado a la protección de intereses especiales de

¹⁰² Cfr. supra. pág. 58.

¹⁰³ Cfr. supra, pág. 112.

aquéllos ¹⁰⁴; pero no es acerca de esto de lo que hemos venido hablando.

Por ello, la sentencia de condena de *Binding* contra las teorías relativas, sobre la base de estas preguntas, es impugnabile "por fundamentación insuficiente". Si la teoría absoluta no dispone de mejores armas, es preferible que se mantenga a la defensiva.

Pero el objetivo principal de mis líneas no es el de defender las prerrogativas que en el Derecho penal puedan corresponder a la idea de adecuación a fin, sino representar el punto de vista que pueda llevar a un entendimiento de los rivales. La solución no es revolución, sino reforma. A una reforma, sin embargo, debemos y podemos contribuir todos. Desde hace decenios, la ciencia del Derecho penal ha visto cómo se separan a muerte sus principales representantes. Pulverizada su fuerza en luchas estériles, envuelta en una abstracta tarea de pensamiento, no ha podido darse cuenta de lo que ocurría afuera. Creía, como antes, tener en sus manos las riendas del mando, mientras la vida había cesado, hace mucho tiempo, de preocuparse de ella. No podemos renunciar a la profundización de las abstracciones conceptuales, pero del doctrinarismo debemos prescindir.

A la investigación del delito como fenómeno éticosocial, y de la pena como función social, debe dar-

¹⁰⁴ Cfr. al respecto mi artículo *Ordnungstrafe* (Pena reglamentaria), en el *Rechtslexikon* (Diccionario jurídico) de Von Holtendorff, 3ª ed.

se, *dentro de nuestra ciencia*, la atención que merece. Que haya una antropología criminal, una psicología criminal, una estadística criminal, como disciplinas especiales, más o menos distantes del Derecho penal, constituye la prueba de la grave responsabilidad que pesa sobre los representantes de la ciencia del Derecho penal, pero es también la prueba de la esterilidad que sufrieron hasta ahora estas disciplinas. Sólo en la acción conjunta de las mencionadas disciplinas con la ciencia del Derecho penal radica la posibilidad de un combate fecundo contra la criminalidad. A nuestra disciplina es a la que corresponde el mando en tal batalla, y a él no puede renunciar sin traicionarse a sí misma. Precisamente por ello, no puede enfrentarse a las otras disciplinas con una elegante pasividad. Los representantes de la teoría y de la práctica del Derecho penal, los profesores, los jueces, los fiscales y los oficiales de policía, ¿se hallan a la altura de su cometido?; ¿es necesaria una diversamente extensa formación teórica y práctica; ¿se precisa de una fundamental separación de la práctica penal con la práctica civil, como la que existe entre justicia y administración, exigida por la esencial diversidad de las tareas que se deben enfrentar y por los indispensables conocimientos para resolverlas? En esta oportunidad no puedo responder a tales preguntas, y aquí no es posible, siquiera, insinuar una respuesta. Lo indudable es que ni la ciencia del Derecho penal, ni la legislación penal, ni la administración de justicia penal, han estado, en lo que respecta a su gran tarea frente a la vida, a la altura de su gran misión. El reconocimiento de este hecho traza el camino de la reforma

interna. Hago votos por que la inevitable revisión de nuestro Código penal y la indispensable regulación imperial de la ejecución penal no nos sorprendan sin preparación.

ÍNDICE

	Páginas
Prólogo: <i>Franz von Liszt y el "Programa de Marburgo"</i> , por MANUEL DE RIVACOBAY RIVACOBAY	7
" <i>Corsi e ricorsi</i> ": <i>La vuelta de von Liszt</i> , por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA	27
<i>La idea de fin en el Derecho penal</i>	53
I. El punto de partida	55
II. La pena como acción instintiva	65
III. La objetivación de la pena	83
IV. El principio de medida de la pena	93
V. La pena como protección jurídica consciente de su finalidad	111
VI. Objetivos puntuales	127
<i>Índice</i>	135
[<i>Nota editorial</i>]	137
<i>Colofón</i>	139





PREVENCION ESPECIAL E IDEAL RESOCIALIZADOR. CONCEPTO, EVOLUCION Y VIGENCIA EN EL MARCO DE LA LEGITIMACION Y JUSTIFICACION DE LA PENA

PREVENCION ESPECIAL E IDEAL RESOCIALIZADOR. CONCEPTO, EVOLUCION Y VIGENCIA EN EL MARCO DE LA LEGITIMACION Y JUSTIFICACION DE LA PENA¹

Doctor Mario Durán Migliardi
Abogado, Universidad de Atacama

RESUMEN

El presente artículo, enmarcado en la moderna discusión político-criminal acerca de la legitimación y justificación de la pena, tiene como objetivo entregar una visión general de la clásica teoría de la prevención especial así como de su actual o moderna versión, esto es, el denominado ideal resocializador. Para ello, a través del análisis de su concepto, su origen y evolución, sus distintas modalidades y de su actual vigencia, se espera entregar una sistematización que ayude a comprender la real dimensión y alcance de esta teoría así como su íntima relación con el ideal resocializador como fin del castigo jurídico-penal. Junto con ello, y partiendo de un concepto funcionalista de la pena, se intenta demostrar, a partir de los modernos presupuestos y de las propias críticas actuales al ideal resocializador, la total validez teórico-práctica del principio, la profundidad de su discusión y la absoluta dependencia, para efectos de su vigencia y aplicación, de la respectiva estructura económica y jurídica del sistema de control social en el que éste se encuentre inserto. Por último, y a manera de conclusión, se espera demostrar lo científicamente inviable que resulta sostener la ineficiencia o la muerte del principio resocializador en un sistema liberal y retributivo -como el nuestro- que no financia, no cree, y ni se esfuerza en sostener tal premisa, en el ámbito de la ejecución del castigo penal y su justificación.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto Conicyt-Fondecyt n° 11075088, "Justificación y legitimación de la pena en el Derecho penal chileno. Análisis desde el modelo integral de la ciencia jurídico-penal", de quien el autor es investigador principal.

1. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

Hoy constituye un paradigma señalar que cualquier análisis sobre el sistema penal queda trunco si no se incluye en él, a lo menos, un breve examen sobre el aspecto más relevante de la denominada Teoría de la Pena, esto es, los llamados Fines de la Pena.² Ambos problemas –sistema penal y fines de la pena– se han establecido como puntos básicos y obligatorios a la hora de abordar cualquier discusión, estudio o reflexión sobre Derecho penal, que discorra sobre la justificación y legitimidad del castigo penal.

Más aún, es justamente en este último punto –el de la justificación de la pena– donde la *Teoría de los fines de la pena* tiene, a mi juicio, su mayor relevancia. Ello, porque, desde antiguo, el Estado, la Iglesia o los pensadores han buscado una teoría que cumpla con el objetivo de justificar, ante la sociedad civil y sus conciencias, la ejecución, históricamente atroz e inhumana, del castigo penal.

De este modo, la justificación, la idea de la función y del fin, ha sido el motor que ha movido a la humanidad a buscar *la teoría* que justifique la causación del mal que implica la pena penal, puesto que, como bien se señala, “de ello depende, en definitiva, el sentido y la tarea del Derecho Penal”.³

Por estas razones, la pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea como *nueva* en todas las épocas. En efecto, este tema no trata sólo de un problema teórico, ni de vanas reflexiones sobre el sentido de ésta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica, sobre todo en nuestra realidad latinoamericana. Esto es, sobre ¿cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?.⁴

² Así, Cfr. GARCÍA PABLOS, Antonio. “Tendencias del actual Derecho penal” en, VVAA. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. UNED. Madrid.2001.p.39 y ss; BOITKE, Wilfried. “La actual discusión sobre las finalidades de la pena” en, SILVA SANCHEZ, Jesús-María. (Edit.) *Política criminal y nuevo Derecho penal*. L.H. a Claus Roxin. Bosch. Barcelona. p.41 y ss.

³ Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español*. PG. Tecnos. Madrid. 1992. p.21.

⁴ Al respecto, en esta misma Revista puede verse esta discusión en: AEDO HENRIQUEZ, Andrés. “La reproducción social de la cárcel: Unidad doméstica, ciclo penal y cuestión social”; RIVERA BEIRAS, Inaki. “El tratamiento penitenciario y el laberinto punitivo-permial, en la legislación penitenciaria española” y, sobre todo, VERGARA CISTERNA, Luis. “De los principios en el anteproyecto de ley de ejecución penal: acerca de la reinserción social en el sistema penitenciario”, todas en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* n° 9 diciembre 2006, p. 11 y ss; 155 y ss; y 213 y ss. Respectivamente. Asimismo en, MORALES QUITROGA, Mauricio. “¿Cuáles son los determinantes del reencarcelamiento? en Chile? Aproximaciones desde modelos estadísticos explicativos”, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* n° 8 octubre 2006, p. 127 y ss.

De esta forma, quien analiza este tema no se puede contentar o dar por satisfecho con las antiguas respuestas dadas a estas interrogantes, ya que la situación histórico-espiritual, social y constitucional del respectivo presente exige nuevas respuestas.⁵

Así, a mi juicio, el análisis de los fines de la pena y de la justificación del Derecho Penal no implica permanecer atado a las antiguas y ya superadas teorías, sino justamente intentar avanzar a través de los nuevos caminos abiertos para tales efectos por la doctrina penal y la criminología. Más aún, cuando dicho análisis se inicia, como en esta propuesta, desde un concepto de pena que la sitúa como un *mal*, como una *lesión* o *restricción de derechos o bienes jurídicos*, respecto de aquél sujeto que supuestamente ha cometido algún delito y se le pretende imputar su responsabilidad jurídico-penal.

Por ello, en el marco de este aporte, desarrollaré una de las visiones que, respecto de la teoría de los fines de la pena, se han entregado por parte de la –en este punto– inabarcable doctrina científica; la teoría de la prevención especial y el ideal resocializador, del cual mucho se habla y critica, pero poco se conoce y, menos aún, se aplica.

2. EL CONCEPTO DE PENA DEL CUAL SE PARTE Y SU ‘UTILIDAD’ PARA LOS EFECTOS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Hoy constituye un principio ampliamente aceptado en la doctrina penal que la comisión de un hecho ilícito tiene como consecuencia directa la imposición, por parte del Estado, de una pena o de una medida de seguridad con el objetivo de hacer efectivas las distintas *funciones* que la sociedad y el propio Estado han determinado para el Derecho Penal.

Dichas funciones, por su parte, corresponden, esencialmente, a las de constituir un medio de dirección y de control social formal y a las de ser, desde la óptica de los sujetos afectados directamente por el delito, un medio o mecanismo de reparación del mal o daño causado.

Este concepto general del Derecho Penal implica que tanto los actos jurídico-legislativos de establecimiento de delitos como los de aplicación de penas y/o medidas de seguridad –que, según el criterio mayoritario, sólo pueden ser las posdelictuales– sean el rasgo característico, esencial o estructural, del Derecho Penal moderno. Razón por la que se señala que hasta ahora ningún Estado ha podido renunciar a la pena como causación consciente de un *mal* para garantizar el orden jurídico⁶ y que ésta sigue

⁵ En este sentido, por todos, Cfr. ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal” en su, *Problemas básicos del Derecho penal*. Reus. Madrid.1976. p.11.

⁶ En este sentido, Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. PG. 4ª Ed. Comares. Granada. 1993. p.57. Grafican esta idea los ejemplos y las observaciones que el autor acompaña a su

siendo un recurso al que debe acudir el Estado para posibilitar la convivencia entre los hombres.⁷

Por ello, a mi juicio, el concepto de pena y la forma de plantear su justificación, su función así como los fines que se le atribuyan, resultan de una importancia fundamental para el Derecho Penal, ya que de tales ideas emanan, a su vez, los criterios o valores político-criminales según los cuales la sociedad y, especialmente, los operadores jurídicos realizan la enseñanza, la aplicación y el análisis de todo el sistema del Derecho Penal. Existe una clara relación entre el tipo de sociedad y el régimen político; el concepto de pena, su justificación y sus fines; y la forma de enseñanza y aplicación del sistema del Derecho Penal.

Así, el concepto de pena desde el que inicio este análisis se basa en dos conceptos de la misma, que estimo directamente relacionados. La idea de la pena como una "amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos como son los hombres", que corresponde al concepto de pena establecido por el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1967 -*Alternativ Entwurf*- y el concepto material de pena, según el cual ésta es una privación o restricción de bienes jurídicos.⁸

En mi opinión, ambos conceptos se relacionan, sobre todo, en el hecho que destacan, describen o señalan a la pena como un mal, como una privación o como una restricción,⁹ lo que implica redescubrir lo negativo que supone la imposición de la pena a cualquier miembro de la sociedad. Cuestión ésta desde la cual estimo fundamental iniciar el camino del análisis de las teorías de la pena, más aún cuando lo que se pretende

es dejar de manifiesto lo que se esconde tras las distintas justificaciones acerca de los fines y objetivos de la pena.¹⁰

Por lo mismo, considero también que resulta insuficiente detenerse, solamente, en la constatación del hecho que la pena es un mero mal, o que restringe o priva determinados bienes jurídicos, pues con ello nada se dice acerca de sus fines y objetivos, y nada se dice, por tanto, de lo que está detrás del Derecho Penal. Ello, principalmente, porque castigar o penar sin motivos, establecer y hacer funcionar todo el sistema penal sin objetivos aparentes, más allá del control y dirección social, hoy, en el actual estado de desarrollo de la humanidad, no parece algo aceptable en una sociedad democrática.

Así, la pena, a mi juicio, a la vez que un mal, debe ser un instrumento que, utilizado en forma justa y necesaria, proteja los *bienes jurídicos* más preciados por la sociedad.¹¹ Instrumento que sólo se legitima en la medida en que, orientado hacia la consecución de los fines y objetivos aceptados por la comunidad, se fundamenta en una Constitución y un Derecho Penal democrático, respetuoso de los Derechos Humanos y de los principios materiales, generado a través de una representación efectiva y veraz de los ciudadanos.

Sin embargo, esta idea no nos debe hacer olvidar que el punto central de esta problemática sigue siendo el hecho de que la pena, en cuanto *mal* utilizada por el Estado para sancionar conductas contrarias al ordenamiento penal, sigue aún sin tener una finalidad que fundamente suficientemente su utilización. Sobre todo cuando se entiende que la cuestión del *sentido* de la pena es diferente de la relativa a su *justificación* o naturaleza pues se trata del fin que el acto punitivo pueda y deba tener frente al reo o la colectividad.¹²

Más aún, el vacío en la discusión de estos temas se profundiza dramáticamente en aquellos sistemas penales formalistas y decimonónicos, donde aún se presenta la retribución como fundamento del sistema, y donde no se acepta, o simplemente no se produce, la discusión respecto de los conceptos fundamentales del sistema penal.

afirmación: "El Código criminal sueco de 1962 ha regresado a la pena después de que el Proyecto de 1956 pretendiera sustituir tal expresión por el vocablo neutro 'consecuencia jurídica'... Precisamente en países con una Política criminal avanzada, como Suecia y California, se observa un regreso desde la ideología del tratamiento hacia la pena".

⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* en sus, *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1976. p.57 y ss. Y, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*. L.H. al profesor Luis Jiménez de Asúa. Pannedille. Buenos Aires. 1970. p.595 y ss.

⁸ Sobre la teoría del fin de la pena y el programa político criminal del PA, Cfr. ROXIN, Claus. "Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo" en su, *Problemas básicos del Derecho penal*. p.37 y ss. Esp. p.40-47. Sobre el concepto material de pena, Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.57. Para quien la pena es un juicio de desvalor, público y ético-social, sobre el autor, por la infracción jurídica que cometió culpablemente. Razon por la que ésta siempre tiene un acento negativo y por ello, el carácter de un mal, aunque en último término deba beneficiar al condenado. Para Jescheck, el mal que la pena comporta consiste en la intervención voluntaria en la esfera jurídica del condenado -en su libertad, patrimonio, tiempo libre y estimación social- pues la desaprobación pública se expresa, precisamente, en el hecho de que la pena incida sobre la situación jurídica del culpable. Por ello, negar que la pena tenga el carácter de mal sería tanto como negar el propio concepto de pena. En el mismo sentido, Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.-HORMAZABAL MALAREE, H. "Pena y Estado", en *Papers*. Revista de Sociología n° 13. 1980. p.97 y ss. Esp. p.121.

⁹ En este sentido, Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.-ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. (Coord.) *Manual de Derecho Penitenciario*. U. de Salamanca-Colex. Salamanca-Madrid. 2001. p.34 y ss.

¹⁰ Ello, sin perjuicio de que también se tenga presente que, en el caso del PA se trate, para algunos, de revestir a dicho mal de la cualidad de *bien* o se le muestre como un *mal útil* o como un *mal menor*. En este sentido, Cfr. BAUMANN, Jürgen, y otros. *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Allgemeiner Teil. 2ª Edic. Tübingen. 1969. p.29. Cit. por DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. U. de Salamanca. Salamanca. 1999. p.54.

¹¹ La concepción de la pena como protección de bienes jurídicos exige que en los casos particulares se im-ponga aquella pena (según su contenido y extensión) que sea necesaria y, por tanto, que a través de ella resulten protegidos los bienes jurídicos. *La pena correcta -es decir, la pena justa- es la pena necesaria. La vinculación total del poder de imponer penas a la idea del fin es el ideal de la justicia penal*. Sólo la pena necesaria es la pena justa. La pena es un medio dirigido a un fin que requiere la adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su empleo. Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Programa de la U.de Marburgo, 1882. Comares. Granada. 1995. p.78.

¹² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.57.

Cuestión que provoca -directa o indirectamente- que aquél se vaya conformando y estructurando como un sistema penal autoritario, poco garantista y desconectado de la realidad social del respectivo país.¹³

Por estas razones, no es de extrañar que una de las visiones respecto de la cual más se ha discutido en los años pasados -la resocialización, su vigencia y muerte- prácticamente ha pasado desapercibida en el ámbito de la doctrina jurídico-penal dominante en Chile.

3. LAS TEORIAS DE LA PENA COMO PREVENCIÓN ESPECIAL O INDIVIDUAL

3.1. Concepto

Al igual que las teorías de la prevención general, en todas sus versiones, y a diferencia de las teorías absolutas de la pena, las teorías que postulan la denominada prevención especial o individual del delito a través del castigo penal, conciben la pena como un medio, como un mecanismo o instrumento, que sólo se justifica en la medida que se emplee para la lucha contra el delito y su proliferación en la sociedad.

Al mismo tiempo, sin embargo, estas teorías se diferencian de las ideas de la prevención general, tanto positiva como negativa, en cuanto a que la prevención especial o individual no está dirigida a la generalidad o conjunto de los ciudadanos, sino al autor del delito, al delincuente, al sujeto individual que soporta la carga o mal que constituye la pena, en este caso, específica e individualizada.

Por ello, con razón se ha señalado que, mientras la prevención general aspira a prevenir el delito en relación con la totalidad de los ciudadanos, la prevención especial o individual se dirige al propio reo.¹⁴ Y que, por lo mismo, la prevención especial no

puede operar, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena.¹⁵

3.2. Origen histórico, la obra de Von Liszt

La idea de la prevención especial, aunque latente en las concepciones de algunos autores ilustrados, aparece como posición, con clara influencia en la legislación positiva, con posterioridad al auge de las teorías de la retribución y a las teorías de la prevención general, esto es, a fines del siglo XIX con la Escuela Positiva Italiana; éstas ideas se difunden a través de las posiciones eclécticas, especialmente con la Dirección político-criminal de Franz von Liszt, y actualmente son defendidas, constituyendo prácticamente su núcleo ideológico, por la denominada Nueva defensa social del jurista francés Marc Ancel.¹⁶

En este sentido, resulta importante destacar el aporte fundamental en este punto realizado por Franz von Liszt (1851-1919), ya que su obra no sólo sentó las bases de una nueva doctrina de la prevención especial, como modelo ideal, sino que produjo, además, una profunda transformación del sistema de sanciones en el Derecho Penal alemán, lo que tuvo una gran repercusión a nivel internacional.

Con su obra, von Liszt volvió a situar el Derecho Penal en conexión con una política jurídica inspirada en criterios racionales, en la que la *idea del fin* debería ser la verdadera base del progreso jurídico y donde la política-criminal constituye una rama orgánica de la política social. Para conseguir dicho objetivo, von Liszt orientó su trabajo hacia la realidad de la criminalidad, utilizando para ello la metodología empírico-causal de las, en su tiempo, modernas ciencias de la naturaleza. Con ello, de paso, acercó dicha metodología científica a la ciencia del Derecho, abriendo una serie de nuevas posibilidades en el campo de la investigación jurídica. Gracias a ello, von Liszt demostró, a través de las conclusiones que la Estadística criminal le aportaron, las múltiples deficiencias contenidas en el Derecho Penal vigente en su época.¹⁷

Por todo esto, se ha establecido que fue von Liszt quien logró universalizar la idea de la prevención especial o individual, al sostener que la pena estaba destinada a educar, proteger y corregir al sujeto delincuente con el fin de evitar que volviese a delinquir, esto es, para resocializarlo o rehabilitarlo. Von Liszt, aunque reconoce que la pena cumple una función de prevención general, no acepta que ese sea su fin.¹⁸ Más

¹³Al respecto, Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (coord.) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. (informe final). Ob.Cit. A esta situación contribuyen el propio Estado y la Universidad. El primero a través de una política autoritaria de control social no democrática y la Universidad, con una pobre formación académica -de juristas, futuros jueces y operadores jurídicos- que ignora éstas y otras preocupaciones penales, permitiendo y fomentando la simple repetición de normas del siglo XIX sin que existan un real interés por la investigación y la producción científica, lo que facilita que el estado de esta discusión, y de otras de igual o mayor importancia, permanezca inmutable. Cfr. HURTADO POZO, José. *La ley importada*. Cedsys. Lima. 1979; GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*. Hammurabi. Buenos Aires. 1987; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Ediar. Buenos Aires. 1989. Esp. p.136 y ss. acerca de 'las usinas ideológicas'; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 4ª edic. Trotta. Madrid. 2000. Esp. 'Los modelos autoritarios'. p.40 y ss.

¹⁴Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.60.

¹⁵Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.53.

¹⁶Así, Cfr. ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal" en su, *Problemas básicos del Derecho penal*. Ob.Cit. p.15; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español*. Ob.Cit. p.31

¹⁷Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.64.

¹⁸Para von Liszt no existen otros aspectos de importancia que puedan agregarse como consecuencias de la ejecución de la pena. Para él, los "efectos reflexivos" de la pena, donde se encuentran los efectos que ésta

que un castigo dotado de rasgos punitivos, la pena asume para él la *idea de tratamiento o terapia* destinada a adaptar al delincuente a las exigencias de la sociedad organizada. Así, a partir de la idea de fin como matriz de la ciencia del Derecho -en lo que seguía a Ihling en su segunda etapa, precursora de la teoría de los intereses de Heck- von Liszt consideró que la pena sólo podía justificarse por su finalidad preventiva.¹⁹

De ahí que el concepto de *pena final* de von Liszt,²⁰ sea una propuesta que busca probar que es posible realizar el principio de determinación de la medida de la pena, promovido en ella, sin que se resientan los principios fundamentales del Derecho Penal y sin suprimir la individualización judicial de la pena, ni a ésta misma.

En este marco, y partiendo de la base de que la pena es, en esencia, pura coacción ya que "se dirige contra la voluntad del autor del delito, cuyos bienes jurídicos lesiona o destruye, pues de ellos se ha personificado su voluntad", von Liszt distingue una *doble naturaleza en la pena*;²¹ la motivación o coacción indirecta, mediata o psicológica²² y la fuerza o coacción directa, inmediata y mecánica.²³ Con ello, y consecuente con los efectos de la pena propuestos, von Liszt crea un *nuevo sistema de penas* dirigida no en

tiene sobre otras personas, la prevención general, el fortalecimiento de los motivos sociales y, respecto de los lesionados, la satisfacción (reparación) de la víctima; carecen de la importancia suficiente para destruir su clasificación. Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.81.

¹⁹En este sentido, Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.54.

²⁰Nuestra concepción de la pena como protección de bienes jurídicos reclama inexcusablemente que en los casos particulares se imponga aquella pena (según su contenido y extensión) que sea necesaria y, por tanto, que a través de la pena resulte protegido el mundo de los bienes jurídicos. La pena correcta -es decir, la pena justa- es la pena necesaria. Justicia en Derecho penal es la observación de la medida de la pena exigida a través de la idea del fin. Del mismo modo que la pena impuesta por el Derecho tuvo su origen como auto-limitación del poder de imponer penas mediante su objetivación, alcanza su perfección última mediante el progreso de la objetivación. La vinculación total del poder de imponer penas a la idea del fin es el ideal de la justicia penal. "Únicamente la pena necesaria es la pena justa. La pena es, para nosotros, un medio dirigido a un fin. La idea del fin, sin embargo, requiere la adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su empleo". Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.78.

²¹Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.80.

²²La pena como *motivación* proporciona al delincuente "los motivos que a él le faltan y que son los idóneos para disuadirle impidiendo la comisión del delito, e incrementa y fortalece los motivos ya existentes". Aquí la pena aparece como un mecanismo de "acomodación artificial" del delincuente a la sociedad, lo que se puede obtener, a su vez, de dos formas; mediante la *corrección*, es decir, a través de la implantación y fortalecimiento de motivos sociales y altruistas, o por medio de la *intimidación*, esto es, "a través de la implantación y fortalecimiento de motivos egoístas" pero coincidentes en los efectos con los motivos anteriores. Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.80-81.

²³La pena como *fuerza* constituye el secuestro del autor del delito, la inoquización transitoria o permanente, la expulsión de la sociedad o, dentro de ésta, su internamiento. Es, "una selección artificial de los individuos socialmente inidóneos". Para von Liszt, "la corrección, la intimidación y la inoquización son los efectos inmediatos de la pena, que se encuentran inmersas en las fuerzas del instinto y por medio de las cuales se consigue la protección de los bienes jurídicos". Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.81.

contra del delito sino contra el delincuente,²⁴ distinguiendo al efecto tres clases de delincuentes y penas:²⁵ la *corrección* del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección;²⁶ la *intimidación* del delincuente que no requiere corrección,²⁷ y la *inoquización* del delincuente incapaz de corrección.²⁸

Con esta breve exposición de las ideas de von Liszt, queda claro que dentro de los conceptos que dan fundamento a la teoría de la prevención especial o individual, además

²⁴"Si la corrección, la intimidación y la inoquización son de hecho las consecuencias esenciales y posibles de la pena, y por tanto, a la vez, las formas posibles de protección de bienes jurídicos a través de una pena, cada una de estas tres formas de pena tendría que corresponder a tres categorías de delincuentes. Por lo tanto, la pena no se dirige contra el delito, sino contra los delincuentes". Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.82-83.

²⁵Al respecto, Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.83 y ss.

²⁶Estos son sujetos propensos al delito que pueden ser salvados para la sociedad a través de una educación severa y prolongada en pequeñas prisiones con penas privativas de libertad no inferiores a un año ni superiores a cinco, "puesto que las penas de corta duración (...) no consiguen más que fracasar creando un futuro delincuente habitual". Ante el primer o segundo delito, debe trasladarse a este delincuente a un correccional suspendiéndole sus derechos civiles. La pena debe ser de aislamiento celular y, si hay un buen comportamiento, puede pasar, progresiva y revocablemente, al régimen de comunidad. El trabajo y la enseñanza elemental serían los medios para remover sus costumbres, estando prohibido el castigo corporal y las penas disciplinarias. Cada año se debe excarcelar al reo corregido, que quedaría bajo vigilancia policial por un tiempo proporcional a su permanencia en prisión. A los cinco años la excarcelación es obligatoria quedando, eso sí, bajo vigilancia policial. Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.88-89.

²⁷Estos son delincuentes ocasionales para quienes el delito es un error y hay poco peligro de repetición. Aquí no se aplica la corrección sistemática. Para ellos la pena tiene como fin reestablecer la autoridad de la ley infringida, debe servir como *intimidación*, advertencia contundente o escarmiento para sus instintos egoístas, abarcando todos los delitos y las faltas. Debe ser una pena privativa de libertad única, sin incomunicación, con un mínimo no menor de seis semanas y un máximo no superior a diez años, y con privación facultativa de derechos civiles. Junto a ella, o en su lugar, puede establecerse, con una extensión mucho mayor, la pena de multa. Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.90.

²⁸Estos pertenecen al proletariado, individuos todos que forman "el ejército de los enemigos del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual, y que poseen, además, la característica de ser, según las estadísticas, delincuentes reincidentes y, por tanto, incorregibles". Aquí es poco lo que la sociedad puede hacer, resultando absurda la pretensión -propia del sistema retributivo de la pena- de internarlos en celdas de prisión con altos costos económicos, sólo para que expien su culpa y, al cabo de algunos años, se les deje en libertad para luego ser internados otra vez. Así, si no "queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar únicamente nos queda la cadena perpetua o, en su caso, por un tiempo indeterminado". Por ello, a la tercera condena por delito en contra de la propiedad o por delitos sexuales, se plantea la pena de reclusión por tiempo indeterminado, en régimen de comunidad y en un presidio de carácter disciplinario o de trabajos forzados. Con un régimen de *reclusión penal* que obligue a trabajar y donde el castigo corporal sea pena disciplinaria, junto al aislamiento o incomunicación, el arresto en oscuridad y el ayuno estricto. Con pérdida obligatoria y permanente de los derechos civiles para remarcar el carácter deshonesto de la pena. La única salida humanitaria sería la excarcelación extraordinaria o traslado del delincuente, revocablemente, a un correccional. Cfr. VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob.Cit. p.84-88.

de las teorías relativas en general, la idea de que la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones al orden jurídico constituye un planteamiento central, por lo que la pena debe servir, esencialmente, para evitar el delito, ya que nada se puede hacer respecto del ya cometido.²⁹

Por ello, en la práctica, la teoría de la prevención especial o individual viene a significar una solución en contra del delito que aspira a que el delincuente, que ya ha sufrido la pena, sea apartado "de nuevos yerros y educado para que se adapte a las pautas sociales de la colectividad".³⁰ Afirmandose, con razón, que la teoría de la prevención especial, "no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor".³¹

3.3. Modalidades de prevención especial

En cuanto a las modalidades que la prevención especial puede asumir, ya Antón Oneca, al desarrollar las ideas de von Liszt en España, señaló que, "se impone, pues, dividir el fin de readaptación a la vida legal, corrección en sentido amplio, en dos: intimidación individual o escarmiento, y la 'mejora', enmienda o corrección en sentido estricto".³²

Modernamente, se ha expresado que en la prevención especial o individual se pueden distinguir "los aspectos de la advertencia o intimidación individual, la corrección o enmienda del delincuente o al menos su readaptación social, y la separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible".³³

De igual forma, se ha indicado que, abstractamente, la prevención especial "puede tener dos vías diferentes: por medio de la coacción física, que debe impedir exteriormente que el autor cometa nuevos delitos, o mediante la remoción de la disposición que lo conduce a la delincuencia".³⁴

En el mismo sentido, Zugaldía Espinar ha propuesto una subdivisión de la prevención especial en dos modalidades: positiva y negativa, atendiendo, en términos

similares a los planteados por von Liszt, a la función o fin que la pena pretende cumplir respecto del individuo delincuente.³⁵

Según el autor, la *prevención especial positiva*, sería aquella a través de la cual se tiende a evitar la recaída del autor en el delito haciendo que la pena desarrolle respecto de él una función admonitoria o resocializadora. La admonitoria o amonestante cumpliría con la finalidad de evitar la reiteración del delito por parte del sujeto, dándole a la pena una función de aviso, advertencia o llamada de atención respecto del delincuente, para que se abstenga de delinquir en el futuro.³⁶ Con la función resocializadora de la pena se pretende, mediante un tratamiento individualizado científicamente, hacer del autor una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades.³⁷

En la *prevención especial negativa*, en cambio, se trata de evitar que el autor exprese su mayor o menor peligrosidad en sus relaciones sociales. Por ello, debe utilizarse aquí la *pena inocuizadora o de eliminación*, que produce sus efectos especial-mente respecto de aquellos delincuentes que no necesitan ser resocializados, los accidentales o coyunturales, y sobre aquellos que no pueden ser resocializados, como los habituales y los delincuentes por convicción, pena inocuizadora que, a su vez, puede ser temporal o definitiva.³⁸

²⁹En este sentido, Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.20.

³⁰Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.60.

³¹Cfr. ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal", en su *Problemas básicos del Derecho penal*. Ob.Cit. p.15.

³²ANTON ONECA, José. *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Ob.Cit. p.71.

El autor realiza un excelente análisis acerca del sentido, origen y efectos de la corrección, del escarmiento y de la inocuización del delincuente: p.72 y ss, p.76 y ss, y p.81 y ss, Resp.

³³Cfr. CERREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español*. PG. Ob.Cit. p.22.

³⁴Cfr. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.14.

³⁵ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. PG. *Las teorías de la pena y de la ley penal*. Ob.Cit. p.63 y ss.

³⁶La pena admonitoria jugaría un papel muy importante respecto de delincuentes primarios y escasamente peligrosos, por lo que, normalmente, se conseguirían sus resultados a través de penas no privativas de libertad, multas o con penas privativas de libertad de corta duración. Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. PG. *Las teorías de la pena y de la ley penal*. Ob.Cit. p.65.

³⁷ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. PG. *Las teorías de la pena y de la ley penal*. Ob.Cit. p.66. Tanto la ley Orgánica General penitenciaria, en su art. 59, como la CE de 1978, en su art. 25 nº 2, señalan expresamente este principio. Esto significa que, si se llega a la ejecución de una pena privativa de libertad, su cumplimiento ha de estar presidido por la idea de la resocialización, "fortaleciendo con su formación escolar, profesional y corporal el sentido de responsabilidad del recluso y procurando su colaboración activa en la vida del establecimiento". Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.60.

³⁸Es temporal, cuando a través de ella "se procura apartar al autor durante un determinado periodo de tiempo (...) de la vida social (...) o de la fuente de peligro que le ha llevado a cometer el hecho delictivo". Es definitiva, cuando a través de ella "se procura -para anular todo vestigio de peligrosidad- destruir la persona del autor (total o parcialmente) o segregarlo del grupo social de forma virtualmente indefinida". Ejemplo de la pena destructiva es la pena de muerte, de la destrucción parcial de la persona, las penas contenidas en el lema "contra violación castración" y de la pena segregativa, las privativas de libertad de larga duración y las de reclusión perpetua. Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. PG. *Las teorías de la pena y de la ley penal*. Ob.Cit. p.66-67.

4. LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA ACTUALIDAD: EL PRINCIPIO O IDEAL RESOCIALIZADOR

En la actualidad el denominado principio de resocialización, fruto del posmoderno ideal resocializador, se ha constituido y estructurado como un límite al *ius puniendi* estatal característico del Estado social y democrático de Derecho. Además, se ha consolidado como un límite material al *ius puniendi* estatal que restringe la creación o producción de normas penales.

4.1. Evolución y contexto del principio de la resocialización

Al analizar la evolución del principio o *ideal resocializador* y su relación con la ejecución de la pena, especialmente con la pena privativa de libertad,³⁹ se ha establecido que en el Estado liberal clásico la idea de resocialización no tenía cabida, puesto que la pena era la respuesta adecuada al delito como hecho, sin que la personalidad del sujeto pudiese verse implicada, ni siquiera a los efectos de tratamiento. En el *Estado social*, en cambio, al tener un signo intervencionista, se admite tomar en consideración al sujeto, en las medidas de seguridad y dentro del marco de la ejecución de la pena, pero, lamentablemente, ello se concibió al margen de la participación del sujeto, que fue considerado como mero objeto de la acción del Estado.

Por ello, el *Estado democrático y social de Derecho* debe completar esta evolución concibiendo la participación del sujeto como base del contenido de la reacción penal. Así, para cumplir con este objetivo, el Estado democrático debe imponer una concepción resocializadora de la ejecución de la pena, en especial de la pena privativa de libertad, que tienda a crear en el condenado posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal. De igual forma, para alcanzar la meta *democrática* la concepción resocializadora de la ejecución de la pena no debería imponerse al condenado sin contar con su participación, sino que debería constituir el producto de un permanente *diálogo* entre el Estado y el condenado. El efecto, respecto del cumplimiento de la pena y su forma de ejecución, sería que éste no estaría fijado de antemano, ciegamente, en la sentencia, sino que iría concretándose y modificándose por obra del mencionado diálogo.

Todo lo anterior trae aparejado, además, un deber para el Derecho Penal de un Estado democrático, que consistiría en que éste debe evitar a toda costa la marginación indebida de aquel sujeto condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad.

Este deber implica, a su vez, no sólo que deben evitarse -en lo posible- las penas o medidas que entrañen una separación de la sociedad, sino además que, cuando la privación de libertad sea inevitable, debe configurarse su ejecución de forma tal que evite -también en lo posible- sus efectos desocializadores, principalmente, fomentando cierta comunicación con el exterior y facilitando una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad.⁴⁰

De esta forma, al estar efectivamente constituida por un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, la resocialización se constituye de verdad en un proceso que no está determinado unilateralmente por ninguno de ellos. Sólo así puede tenerse presente que resocializar al delincuente, sin cuestionar al mismo tiempo el conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito.⁴¹

Precisamente, tanto la aplicación del fin resocializador sin cuestionar previamente los valores supuestamente dominantes, los fines del mismo o el orden social vigente,⁴² como la absolutización de su aplicación, centrada de modo exclusivo en la reinserción del individuo, prescindiendo de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, han posibilitado un importante debate doctrinal que ha determinado la superación del ideal resocializador como fundamento básico o único de la legitimidad de la intervención penal.⁴³ Influyendo en ello, fuertemente además,

³⁹En este sentido, Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.101.

⁴⁰El individuo no puede porque, por la propia naturaleza de sus condicionamientos sociales está obligado al intercambio y a la comunicación con sus semejantes, es decir, a la convivencia. La sociedad, por su parte, tampoco puede determinar unilateralmente el proceso de resocialización porque las normas sociales no son algo inmutable y permanente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mutables. MUÑOZ CONDE, Francisco. "La prisión como problema: resocialización versus desocialización" en, *Derecho Penal y Control Social*. Ob.Cit. p.87 y ss. Esp. p.96.

⁴¹Por ejemplo, ¿qué sentido tiene resocializar al delincuente contra la propiedad, adentrándolo en el respeto a la propiedad privada, en una sociedad basada en la desigualdad económica o en la injusta distribución de sus recursos entre sus miembros?, ¿cómo y para qué resocializar a alguien que por razones coyunturales de desocupación laboral, grave crisis económica, etc., comete un delito contra la propiedad, mientras esas razones de desocupación y crisis económica sigan existiendo? ¿cómo resocializar en el respeto a la vida a un delincuente violento sin criticar al mismo tiempo a una sociedad que continuamente está desencadenando y ejerciendo una violencia brutal -guerras, violación de derechos humanos- contra otros grupos más débiles o marginales, entre los cuales probablemente se halla el delincuente? Al respecto, cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Ob.Cit. p.109.

⁴²En este sentido, entre otros, Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito" en, *CPC* n° 7, 1979; de él mismo, *Derecho Penal y Control Social*. Ob.Cit.; GARCIA PABLOS, Antonio. "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo" en, *ADPCP*, TXXXII. 1979. p. 645-700; MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Desviación social y resocialización" en *CPC* N° 23.1984. p.311-388.

³⁹Al respecto, Cfr. CALLIES, R.-P. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt am Main, 1974, p.18 y ss; p.173 y 160. Cit. por MIR PUIG, Santiago. *Introducción al Derecho Penal*. Ob.Cit. p.164. Para un breve análisis histórico de la perspectiva resocializadora, Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Ob.Cit. p.26-33; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal*. Ob.Cit. p.203 y ss; BÉRDUGO/ARROYO/ GARCIA/ FERRE/SERRANO. *Lecciones de Derecho penal*. PG. Ob.Cit.p.65-67.

el descrédito en que ha caído la doctrina que servía de sustento al planteamiento resocializador, esto es, la ideología del tratamiento.⁴⁴

Sin embargo, aun admitiendo dicha superación, no se ha producido una total y absoluta negación del ideal resocializador en la teoría de los fines del Derecho Penal. Al contrario, se entiende que cualquier sistema penal moderno, para mostrarse como un sistema legítimo, debe contar en su complejo de fines con la referencia a la resocialización o al menos, no desocialización del afectado.⁴⁵

4.2. Principales presupuestos de la resocialización

Puede señalarse que en la actualidad la resocialización parte de los siguientes presupuestos: aun siendo el preferente no es el único fin de la pena, ya que la retención y custodia en la prisión, así como el resto de fines punitivos, también tienen su presencia;⁴⁶ no es un derecho subjetivo, sino un principio programático que ha de orientar toda la política penal y penitenciaria;⁴⁷ su alcance no debe limitarse sólo a las penas privativas de libertad, sino también al resto de penas y no ha de limitarse exclusivamente al momento de la ejecución, sino también a los de previsión legal y de determinación judicial de la pena.⁴⁸

Por ello, en síntesis, se puede expresar que lo que ha cambiado es el sentido de la referencia al fin resocializador, que ahora se entiende en términos claramente garantísticos. Esto es, no como imposición de un determinado esquema de valores u orden social, sino como la creación de las bases para la autorrealización o auto-desarrollo libre del individuo o, al menos, como la remoción de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización. Esta es la finalidad a la que el Derecho Penal debe tender.⁴⁹

⁴⁴Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Ob.Cit. p.29-33 y p.263. La principal manifestación de la ideología del tratamiento, que suscita buena parte de las críticas que han puesto en crisis la idea de la resocialización, es la pena privativa de libertad indeterminada, en virtud de la cual, la privación de libertad se prolonga todo lo que sea preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente. Para una crítica respecto del autoritarismo y la incompatibilidad de este sistema con los principios humanitarios y con las garantías propias del Estado de Derecho, Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual" en, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* n° 34. 1987. p.49-62. Esp. p.52.

⁴⁵Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Ob.Cit. p.263.

⁴⁶Cfr. STS 55/1996, de 28 de marzo. Por ello, la pena debe cumplirse aunque el reo esté reinsertado, al igual que la pena corta de prisión, pese a sus efectos desocializadores, Cfr. Auto TC 486/1985, de 10 de julio y STS 120/2000, de 10 de mayo.

⁴⁷Cfr. STS 1/1987, de 21 de enero; STS 28/1988, de 23 de febrero y STS 2/1997, de 13 de enero.

⁴⁸En este sentido, Cfr. GARCIA ARAN, Mercedes. *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*. Navarra. 1997. p.34.

⁴⁹En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución" en, *RJCLM*, n° 1, 1987. p.97-112. Esp. p.107.

Sin embargo, se debe rescatar de estas teorías, entre otros aportes, su contribución a la superación y el destierro de las doctrinas absolutas de la pena y el señalamiento de nuevos rumbos a la teoría y función de la pena. Asimismo, se debe destacar que, metodológicamente, estas teorías han aportado un importante giro hacia el estudio de lo concreto, resaltando el gran abismo que existe entre la teoría y la praxis, e impulsando el estudio de la pena como un proceso total con gran incidencia en el hombre real. Además, se debe hacer hincapié en el objetivo de racionalización y desmitificación de la pena que estas teorías han conseguido, así como su nueva conceptualización con carácter 'instrumental', como se ha señalado. Por último, desde el punto de vista político-criminal, debe destacarse la validez del "ideal resocializador" como alternativa válida para el futuro de la pena.⁵⁴

Sin embargo, a la prevención especial se le impugna el hecho que, al igual que la prevención general negativa, cosifica al delincuente y lo instrumentaliza para ponerlo al servicio de los fines del Estado, atentando con ello en contra de su dignidad.⁵⁵

El problema de la instrumentalización del ser humano puede llegar, extremando esta teoría, a niveles terriblemente inhumanos y contrarios a toda racionalidad porque, más allá de la mera idea de terapia social (tratar al delincuente como un enfermo que requiere ser reeducado para vivir en sociedad) que ya constituye una forma de coacción, se presenta históricamente el caso del tratamiento penal, propio de los gobiernos totalitarios, donde el disidente político -enemigo del pueblo, terrorista o *humanoide*- simplemente queda a merced de los designios de la autoridad policial, dada su condición, políticamente incorrecta, de pertenecer a un sector social, ser inadaptable, peligroso o directamente un *no persona*.⁵⁶ Por el contrario, en un Estado realmente democrático, con un Derecho Penal garantista, respetuoso de los derechos humanos y alejado del Derecho Penal de autor, no debe caber la manipulación penal de las personas y menos

la represión del otro sólo por ser diferente o discrepante, o la imposición coercitiva de determinados estilos de vida, valores o formas de pensar.

Así, dentro de las objeciones genéricas planteadas en contra de la prevención especial, desde una perspectiva político-criminal, se señala que no es idónea para justificar el Derecho Penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, no explica la punibilidad de los delitos sin peligro de repetición,⁵⁷ y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene, en sí misma, su legitimación sino que necesita de una fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones.⁵⁸

Esto significa que la prevención especial no logra el fin de delimitar el contenido del *ius puniendi* estatal, lo que trae como consecuencia que deja al ciudadano totalmente entregado al poder penal estatal, incluso más que las teorías que fundamentan el Derecho Penal retributivo.⁵⁹ No limita dicho contenido, además, porque depende -a mi juicio- de la definición de 'adaptación social' que acepte la autoridad y sancione como obligatoria en la respectiva sociedad.⁶⁰ Más aún, aunque se tenga un concepto de "adaptación social" consensuado y "científicamente" correcto, siempre -en mi opinión- se tenderá a la aplicación de medidas o tratamientos temporalmente ilimitados, donde la intervención penal estatal encubierta se efectuará a través de dichos tratamientos indefinidos, hasta que se consiga la corrección, y no a través de penas fijas y limitadas en el tiempo, con todas las inseguridades y falta de garantías que ello implica.

⁵⁴ "Si la pena no es una cuestión de principios, un imperativo categórico, un resorte dialéctico, un remedio mágico que restaura el orden jurídico violado y el señorío del Derecho n que permite la sublime reconciliación del delincuente consigo mismo y con la sociedad; si la pena es una 'amarga necesidad', que se justifica por los cometidos de prevención que desempeña, es obvio que la 'resocialización' aparece, conceptualmente, como una alternativa válida". En este sentido, Cfr. GARCIA-PABLOS, Antonio. *La 'resocialización' del delincuente. ¿Un Mito?* en su *Problemas actuales de la criminología*. Instituto de criminología de la U. Complutense de Madrid. Madrid. 1984. p.203 y ss. Esp. p.238-239. Al respecto, en particular, Cfr. CORDOBA RODA, Juan. "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978" en, *Papers. Revista de Sociologia*, n° 13. 1980. p.129 y ss.

⁵⁵ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español*. Ob.Cit. p.33.

⁵⁶ Sobre el denominado *Derecho penal del enemigo*, por todos, Cfr. CANCIO MELIA, Manuel. Ed. coord. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Editoriales B de F (Buenos Aires-Montevideo) y Edisofer (Madrid), 2 volúmenes, 2006. Especialmente, DURAN MIGLIARDI, Mario. "El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal", Vol. I. p.190 y ss.

⁵⁷ En los delitos *sin peligro de repetición o irrepetibles* -como los autores de hechos imprudentes, ocasionales, de pequeños delitos o de hechos graves cometidos en circunstancias irrepetibles, como los asesinos y torturadores de los campos de concentración nazis- la prevención especial pierde toda consistencia teórica. Siendo consecuente, esta teoría debería defender la impunidad de esta clase de ilícitos, pues es absurdo imponer una medida para reeducar o inocuizar a alguien que ya no la necesita, sea porque no podrá reincidir o porque ya está resocializado. Sin embargo, ni aún los partidarios más acérrimos de esta teoría están por la impunidad en este tipo de situaciones, lo cual importa una concesión a los criterios de la retribución o de la prevención general. Cfr. ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal" en su, *Problemas básicos del Derecho penal*. Ob.Cit. p.16. Así, el peligro de la adopción de la prevención especial en este punto es, a mi juicio, la posibilidad de entregar una justificación en favor de los miembros de regímenes militares que, a través de sus aparatos organizados de represión, siembran el terror en los ciudadanos que los sufren, y que, una vez recuperada la democracia, vuelven a formar parte del aparato estatal y de su respectiva rama militar, reintegrándose a la vida social y laboral en forma 'normal' y sin posibilidades ciertas, a corto plazo, de reincidir.

⁵⁸ En este sentido, ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal" en su, *Problemas básicos del Derecho penal*. Ob.Cit. p.15-17; de él mismo, *Tratado de Derecho penal* PG. Ob.Cit. p.87-89; GARCIA-PABLOS, Antonio. "La 'resocialización' del delincuente. ¿Un Mito?" en su, *Problemas actuales de la criminología*. Ob.Cit. p.240 y ss.

⁵⁹ Cfr. ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal", en su *Problemas básicos del Derecho penal*. Ob.Cit. p.17.

⁶⁰ Por lo mismo, siempre se correrá el riesgo de que la prevención especial sea utilizada para realizar un tratamiento penal en contra de enemigos políticos o que se vulneren los principios del DP del hecho, cayendo en un DP de autor dirigido en contra de los grupos marginales de la sociedad.

Específicamente, respecto de las críticas en contra del principio o ideal resocializador,⁶¹ debe señalarse que han recibido su fundamentación general, históricamente, tanto desde posturas conservadoras-retribucionistas como desde posturas progresistas, por ello, quienes sostienen la co-responsabilidad social en el fenómeno de la delincuencia niegan el derecho de la sociedad a resocializar al autor y proponen la "resocialización de la sociedad" y quienes subrayan el fracaso de la idea del tratamiento postulan el retorno a las ideas penales clásicas, esto es, a las teorías absolutas de la pena.⁶²

Así, se critica que la meta de la resocialización sea la transformación "total" de la personalidad del delincuente y no el mero cambio de una parte de ésta o de un comportamiento determinado del individuo, ideal que claramente rompe con el principio de la responsabilidad penal proporcionada a la gravedad del hecho cometido.⁶³ Además, con razón se cuestiona a estas teorías el que pongan un excesivo acento en la "dignidad" del delincuente, olvidando los no menos dignos intereses de la víctima.⁶⁴

Asimismo, a estas teorías se les reprocha el que planteen como el fin de la pena al tratamiento y no lo justifiquen claramente.⁶⁵ Al respecto, se señala que el punto más

crítico del ideal resocializador consiste, justamente, la determinación del "para qué y a qué sociedad" se apunta con ella.⁶⁶ Se afirma que este punto débil es estructural y viene predeterminado por la necesidad que tiene esta teoría de sostener un modelo o una referencia previa a la cual debe aproximarse o identificarse el individuo bajo tratamiento, cuestión que resulta altamente compleja.⁶⁷ Por ello, además, se les cuestiona a estas teorías el hecho que no presenten un acuerdo en cuanto al grado de aproximación que han de exigirle al individuo respecto del grupo, esto es, que no tengan un concepto general y eficaz para el cumplimiento de su fin socializador.⁶⁸

Por otra parte, también se cuestionan los presupuestos y los medios de las teorías resocializadoras. Respecto de los primeros, esto es, el concepto de "inadaptación" y el de "necesidad de resocialización", se critica su absoluta dependencia de los pronósticos, siempre relativos y circunstanciales, sobre la peligrosidad del sujeto.⁶⁹ Sobre todo, cuando "las probabilidades estadísticas no permiten expresar proporciones sobre la medida del peligro de reincidencia del autor concreto, suponiendo que permaneciera impune, así como tampoco es posible determinar, por tales medios, los efectos que son de esperar de él con la aplicación de una pena". Esto es, que aún hoy, los conocimientos empíricos son insuficientes para determinar la pena preventivo-especial necesaria, resultando más oscuro todavía, por lo mismo, establecer si la pena es necesaria para la prevención de la reincidencia o si sólo es idónea en general.

En cuanto a los medios, esto es, la pena y/o el tratamiento, se critica su aplicación por imposición coactiva. Además, se señala que la pena, por sus efectos destructivos, irreversibles y estigmatizadores, no es el instrumento más adecuado para cumplir el fin resocializador. La pena, se afirma, no resocializa, sino todo lo contrario. Por ello, el ideal resocializador debería llevar a un Derecho de medidas y no de penas, donde el Estado utilice, antes que la pena, todos los otros medios, eficaces y adecuados, para la consecución de dicho fin.⁷⁰

⁶¹Al respecto, en detalle, Cfr. GARCÍA-PABLOS, Antonio. "La 'resocialización' del delincuente. ¿Un Mito?" en su, *Problemas actuales de la criminología*. Ob.Cit. p.244 y ss. El autor desarrolla dichas críticas, además de su propia opinión, desde la crisis de la 'ideología del tratamiento', de la criminología crítica, de la psicología y el psicoanálisis, de la sociología y la criminología, de la metodología funcionalista y desde el *labelling approach*; De él mismo. "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo" en, *ADPCP*. TXXXII. 1979. p.645-700; DOLCINI, Emilio. "La rieducazione del condonato tra mito e realtà" en, *RIDPP*. 1979. p.469 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco. "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito" en, *CPC* n° 7, 1979; De él mismo, *Derecho Penal y Control Social*. Ob.Cit. MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Desviación social y resocialización" en, *CPC* n° 23.1984. p.311-388; PAUL, Wolf. "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena" en, *PC* n° 0. 1986. p.59 y ss.

⁶²Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.22.

⁶³En este sentido, STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.14, para quien, "los presupuestos de la eficacia de la prevención especial no coinciden con los de la concepción que vincula a la pena con la culpabilidad".

⁶⁴En este sentido, Cfr. GARCÍA-PABLOS, Antonio. "La 'resocialización' del delincuente. ¿Un Mito?" en su, *Problemas actuales de la criminología*. Ob.Cit. p.241. Sobre el surgimiento y evolución de la victimología, Cfr. LANDROVE DIAZ, Gerardo. *Victimología*. Tirant lo blanch. Valencia. 1990. p.19 y ss. Sobre la Victimología-dogmática, Cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep. *La víctima en el derecho penal*. Aranzadi. Pamplona. 1998; SILVA SANCHEZ, Jesús María. "Victimología y Derecho penal. Introducción a la 'victimología-dogmática'" en su, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Abaco de Rodolfo De-palma. U. Austral. Buenos Aires. 1998. p.145 y ss.

⁶⁵¿Qué legítima a la mayoría de una población a obligar a una minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquella? ¿De donde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad (...) del modo que deseen. La circunstancia de que son incómodos o molesto para muchos de sus con-

ciudadanos, ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes?". Cfr. ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal", en su *Problemas básicos del Derecho penal*. Ob.Cit. p.17.

⁶⁶Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español*. Ob.Cit. p.33.

⁶⁷Cfr. GARCÍA-PABLOS, Antonio. "La 'resocialización' del delincuente. ¿Un Mito?" en su, *Problemas actuales de la criminología*. Ob.Cit. p.241.

⁶⁸En este sentido, Cfr. ROXIN, Claus. *Tratado de Derecho penal* PG. Ob.Cit. p.89; GARCÍA-PABLOS, Antonio. "La 'resocialización' del delincuente. ¿Un Mito?" en su, *Problemas actuales de la criminología*. Ob.Cit. p.242. Así, en la práctica existen tanto programas de resocialización 'máxima' como programas resocializadores 'mínimos'.

⁶⁹Cfr. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. PG. Ob.Cit. p.15.

⁷⁰Asimismo, se señala que "es más fácil resocializar a quien no ha sufrido una pena que a quien ya la ha sufrido; hasta el punto de que, en la consideración social, suele ser más el hecho de haber cumplido la pena que el de la comisión del delito, lo que desmerece a los ojos de los conciudadanos". Al respecto, Cfr. GARCÍA-PABLOS, Antonio. "La 'resocialización' del delincuente. ¿Un Mito?" en su, *Problemas actuales de la criminología*. Ob.Cit. p.242-243.

Asimismo, como críticas a la resocialización, se señalan tanto razones metodológicas empíricas y dificultades prácticas, como de realidad penal y penitenciaria, según las cuales dicha teoría, y en general las teorías de la prevención especial, adolecerían de problemas irresolubles, dado el tipo de penas que se contienen en los distintos ordenamientos como el modo en que ellas se ejecutan.⁷¹

Por último, desde la teoría de los fines de la pena, se cuestiona que el sentido de la pena, en cuanto institución y control social, no se justifica por razones de resocialización, pues no se castiga para resocializar, ni éste es el motivo por el que se criminalizan ciertos comportamientos desviados. Más aún, si se le otorgara un fin exclusivamente resocializador a la pena, se tendería a perder o minimizar su función de prevención general, dado que, en ese caso, la resocialización debería ocuparse no sólo de los delincuentes "necesitados de corrección", sino de los que no la requieren, los ya resocializados y de los que, en potencia, pueden llegar a serlo.⁷²

6. CONCLUSIONES

Se puede señalar que la discusión acerca de teoría de la prevención especial y el ideal resocializador tienen plena vigencia en el marco de la legitimación y justificación teórica de la pena, pero que su aplicación práctica depende absolutamente de un contexto social y jurídico de legitimación y aceptación de sus postulados.

Esto significa que, mientras la Constitución y las leyes penales chilenas -Código Penal, ley de responsabilidad penal adolescente, ley de ejecución penitenciaria, etc.- no establezcan este fin, financiándolo y administrándolo como corresponde, ni siquiera es posible una discusión seria al respecto. Menos aún, es científicamente imprudente hablar de la muerte o del "mito" del ideal resocializador, si en un Estado Liberal de Derecho como el nuestro no existe una implementación material del mismo.

Más aún, mientras la propia sociedad esté desafectada de esta problemática, crea en la retribución o en el castigo ejemplarizador como el único fundamento o fin del castigo penal, mientras los operadores del sistema no visualicen los beneficios de la resocialización, mal se puede hablar o plantear su fracaso.

⁷¹ Así, respecto de los delincuentes incorregibles (que, por no poder ser tratados y, por tanto, resocializados, la prevención especial los ignora) se critica la falta de una propuesta de tratamiento para ellos, distinta a la lesiva fórmula de von Liszt, arriba señalada. En cuanto a los delincuentes necesitados de corrección, se plantea, de acuerdo a las estadísticas, la dificultad de su viabilidad dado los altísimos índices de reincidencia a nivel mundial y la gran cantidad de recursos que demandaría una efectiva política de rehabilitación a través de la pena, que impida que el tratamiento se reduzca sólo a un grupo de sujetos. Al respecto, Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español*. Ob.Cit. p.33.

⁷² En este sentido, Cfr. GARCÍA-PABLOS, Antonio. "La "resocialización" del delincuente: ¿Un Mito?" en su, *Problemas actuales de la criminología*. Ob.Cit. p.240-241.

BIBLIOGRAFIA

- (1) AEDO HENRIQUEZ, Andrés. *La reproducción social de la cárcel: Unidad doméstica, ciclo penal y cuestión social*, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 9 diciembre 2006, p. 11 y ss.
- (2) ANTON ONECA, José. *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945. U. de Salamanca. Ed. Cervantes. Salamanca. 1944.
- (3) ARROYO ZAPATERO, Luis. *Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución*, en RJCLM, N° 1, 1987. p.97-112.
- (4) BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. PG. 2º ed. Akal/iure. Madrid.1990.
- (5) BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en, CPC N° 24. 1984. p.544 y ss.
- (6) BARATTA, Alessandro. *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal*, en PC N° 0. 1986. p.77 y ss.
- (7) BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.- ARROYO ZAPATERO, L.- GARCIA RIVAS, N.- FERRE OLIVE, J.C.- SERRANO-PIEDRACASAS, J.R.. *Lecciones de Derecho Penal*. PG. 2ª Edición. Praxis. Barcelona.1999.
- (8) BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.-ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. (Coord.) *Manual de Derecho Penitenciario*. U. de Salamanca-Colex. Salamanca-Madrid. 2001.
- (9) BOTTKE, Wilfried. *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*, en SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. (Edit.) *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. L.H. a Claus Roxin. Bosch. Barcelona. p.41 y ss.
- (10) BRANDARIZ GARCIA, José Angel. *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.) *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Tirant lo Blanch Alternativa-Área de Derecho Penal Universidad de da Coruña. Valencia. 2004. p.15 y ss.
- (11) BUSTOS RAMÍREZ, J.-HORMAZABAL MALAREE, H. *Pena y Estado*, en *Papers*. Revista de Sociología N° 13. 1980. p.97 y ss.
- (12) BUSTOS RAMÍREZ, J.-HORMAZABAL MALAREE, H. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Trotta. Madrid.1997.
- (13) CERERO MIR, José. *Curso de Derecho penal español*. Parte General. I. Introducción. Teoría del Delito/1. 4º reimp. de la 3ª edic. de 1985. Tecnos. Madrid, 1992.
- (14) CERVELLO DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

- (15) CORDOBA RODA, Juan. *La pena y sus fines en la Constitución española de 1978*, en Papers. Revista de Sociología, N° 13. 1980. p.129 y ss.
- (16) DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Estudios Jurídicos 79. Ed. U. de Salamanca. Salamanca.1999.
- (17) DOLCINI, Emilio. *La rieducazione del condonato tra mito e realtà*, en RIDPP.1979. p.469 y ss
- (18) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andres Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero. 4ª Edic. Trotta. Madrid. 2000.
- (19) GARCIA ARAN, Mercedes. *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*. Navarra. 1997.
- (20) GARCIA MENDEZ, Emilio. *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*. Hammurabi. Buenos Aires. 1987.
- (21) GARCIA PABLOS, Antonio. *Tendencias del actual Derecho Penal*, en VVAA. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED. Madrid.2001.p.39 y ss.
- (22) GARCIA PABLOS, Antonio. *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo*, en ADPCP, T.XXXII. 1979.p. 645 y ss.
- (23) GARCIA-PABLOS, Antonio. *La 'resocialización' del delincuente. ¿Un mito?*, en Problemas actuales de la criminología. Instituto de criminología de la U. Complutense de Madrid. Madrid. 1984. p.203 y ss.
- (24) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?*, en sus, Estudios de Derecho Penal. Civitas. Madrid. 1976. p.57 y ss. Y, en Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. L.H. al profesor Luis Jiménez de Asúa. Pannedille. Buenos Aires. 1970. p.595 y ss.
- (25) GIL GIL, Alicia. *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal*, en DIEZ RIPOLES/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTIN/ HIGUERA GUIMERA. (Edit.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. L.H. al profesor José Cerezo Mir. Tecnos. 2003. p.9 y ss.
- (26) HURTADO POZO, José. *La ley importada*. Cedys. Lima.1979.
- (27) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª ed. corregida. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid.1997.
- (28) JAKOBS, Günther. *El sistema de imputación jurídico penal. Conocimiento y desconocimiento de la norma*, en JAKOBS, G.-STRUENSEE, E. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Hammurabi. 1998. p.33 y ss.
- (29) JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención*, en de él mismo, Estudios de Derecho Penal. Trad. y estudio preliminar: Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM ediciones-Editorial Civitas. Madrid. 1997. p.73 y ss.
- (30) JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en de él mismo, Bases para una teoría funcional del Derecho Penal. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez; Enrique Peñaranda Ramos; Marcelo A. Sancinetti; Carlos J. Suárez González. Presentación Dino Carlos Caro Coria. Palestra Editores. Lima. 2000. p.19 y ss.
- (31) JAKOBS, Günther. *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, en de él mismo, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Trad. Cancio Meliá, M./Feijóo Sánchez, B. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. p.15 y ss.
- (32) JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)*. Trad. de Teresa Manso Porto. En, MUÑOZ CONDE, Francisco. (Coord.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. p.53 y ss.
- (33) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª Ed. completamente corregida y ampliada. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Comares. Granada. 1993. KAUFMANN, Armin. *La misión del Derecho penal*, en LANDROVE DIAZ, Gerardo. Victimología. Tirant lo blanch. Valencia. 1990.
- (34) MIR PUIG, Santiago. (edit.) *La Reforma del Derecho penal II*. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra. 1981. p.127.
- (35) MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Desviación social y resocialización*, en CPC N° 23.1984. p.311-388.
- (36) MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en PC Nn° 0. 1986. p.49 y ss.
- (37) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª reimp. de la 5ª edic. Reppertor. Barcelona. 2000.
- (38) MIR PUIG, Santiago. "Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual" en, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* n° 34. 1987. p.49-62.
- (39) MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona. Bosch. 1975.
- (40) MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona. Ariel. 1994.
- (41) MORALES QUIROGA, Mauricio. "¿Cuáles son los determinantes del 'reencarcelamiento' en Chile? Aproximaciones desde modelos estadísticos

- explicativos", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* nº 8 octubre 2006, p. 127 y ss.
- (42) MUÑOZ CONDE, Francisco. "La norma jurídica penal (crítica a la teoría sistémica del Derecho penal)" en, *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera. 1986.
- (43) MUÑOZ CONDE, Francisco. "La prisión como problema: resocialización versus desocialización" en, *Derecho Penal y Control Social*. p.87 y ss.
- (44) MUÑOZ CONDE, Francisco. "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito" en, *CPC* nº 7, 1979.
- (45) PAUL, Wolf. "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena" en, *PC* nº 0. 1986. p.59 y ss.
- (46) PEREZ, F.-MENDEZ, C.-ZUÑIGA, L. *Derecho Penal (Parte General)*. Universidad de Salamanca. CISE. Salamanca. 2003.
- (47) PEREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. U. Autónoma de Madrid. Madrid. 1986.
- (48) PEREZ MANZANO, Mercedes. "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena" en SILVA SANCHEZ, Jesús-María. "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites" en, de él mismo (Edit.) *Política criminal y nuevo Derecho penal*. L.H. a Claus Roxin. Bosch. Barcelona. p.73 y ss.
- (49) POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal" en, DIEZ RIPOLLES/ROMEO CASABONA/ GRACIA MARTIN/ HIGUERA GUIMERA. (Edit.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. L.H. al profesor José Cerezo Mir. Tecnos. 2003. p.109 y ss.
- (50) RIVERA BEIRAS, Iñaki. "El tratamiento penitenciario y el laberinto punitivo-permial, en la legislación penitenciaria española" en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* nº 9 diciembre 2006, p. 155 y ss.
- (51) ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal" en su, *Problemas básicos del Derecho penal*. Reus. Madrid. 1976. p.11 y ss.
- (52) ROXIN, Claus. "Franz von Liszt y la concepción policríiminal del Proyecto Alternativo" en su, *Problemas básicos del Derecho penal*. Reus. Madrid. 1976. p.37 y ss.
- (53) SCHÜNEMANN, Bernd. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal" en, VV.AA. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Facultad de Derecho. UNED. Madrid. 2001. p.643 y ss.
- (54) SCHÜNEMAN, Bernd. "La función del principio de culpabilidad" en, de él mismo, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos. Madrid. 1991. p.147 y ss.
- (55) SCHÜNEMAN, Bernd. "Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad" en, de él mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos. Madrid. 2002. p.112 y ss.
- (56) SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona. Bosch. 1992.
- (57) SILVA SANCHEZ, Jesús María. "Victimología y Derecho penal. Introducción a la 'víctimo-dogmática'" en su, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Abaco de Rodolfo De-palma. U. Austral. Buenos Aires. 1998. p.145 y ss.
- (58) TAMARIT SUMALLA, Josep. *La víctima en el Derecho penal*. Aranzadi. Pamplona. 1998.
- (59) VERGARA CISTERNA, Luis. "De los principios en el anteproyecto de ley de ejecución penal: acerca de la reinserción social en el sistema penitenciario", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* nº 9 diciembre 2006, p. 213 y ss.
- (60) VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Programa de la U.de Marburgo, 1882. Comares. Granada. 1995.
- (61) WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. PG. 2ª Edic. Castellana. Trad. de la 11ª Edic. Alemana. Berlín, 1969, de Juan Bustos Ramírez y de Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1976.
- (62) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (coord.) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986). Depalma. Buenos Aires. 1986.
- (63) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Ediar. Buenos Aires. 1989.
- (64) ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal. PG. Las teorías de la pena y de la ley penal*. U. de Granada. Granada. 1990.
- (65) ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "¿Otra vez la vuelta a von Liszt?" en, VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho penal*. Comares. Granada. 1995.
- (66) ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. "Viejas y nuevas tendencias policríriminales en las legislaciones penales" en, *Derecho penal de la democracia vs Seguridad pública*. XVII Congreso universitario de alumnos de Derecho penal. Salamanca. 2005. p.99 y ss.
- (67) ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Colex. Madrid. 2001.

ZAFFARO
ALAGIA S.L.C.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI
ALEJANDRO ALAGIA ALEJANDRO SLOKAR

Derecho Penal
Parte General
2ª edición

Derecho Penal
Parte General



Buenos Aires - Argentina

las leyes penales manifiestas, orientará a las agencias para acotar y reducir los niveles de selectividad de la criminalización; (b) tratándose de leyes penales latentes, la interpretación procura que los jueces declaren su inconstitucionalidad y arbitren lo necesario para la efectiva tutela de los derechos que ese poder punitivo lesiona; (c) y en los casos de leyes eventualmente penales, procura que los jueces determinen los momentos punitivos ejercidos al amparo de ellas, para excluirlas o para proceder como en el caso de las leyes penales latentes.

III. El problemático horizonte de proyección del derecho penal

1. La denominación *derecho penal*, que es la más usual⁷, indica que la *pena* delimita el horizonte de proyección. Pero la *pena* está muy lejos de ser un concepto dotado de cierta precisión⁸. Por el contrario: pareciera que la sociedad industrial oculta hasta su propia etimología, pues proviene de la *poena* latina, que tiene por origen la voz griega *poné*, que corresponde a *venganza*, sentido que lentamente se fue acercando a dolor, del *pain* inglés, a través de la doble valencia (activa: castigar; pasiva: sufrir)⁹, hasta que, en alemán, se abandonó *Pein*, y con ello la denominación de *peinliches Recht*¹⁰, y se pasó a *Strafe* y a *Strafrecht*, para mencionar la pena y el derecho penal respectivamente. *Strafe* apareció apenas con la pena pública, alrededor del siglo XIII, y el cambio no obsta a que en alemán sigan teniendo un sonido casi idéntico *vengado* y *justo* (*gerächt* y *gerecht*)¹¹. Aunque más lejanamente, no puede ignorarse la cercanía con la palabra *pluma*, a través de la raíz sánscrita *pet-*, que da idea de *volar*, pero también de *precipitarse*¹². Parece que los griegos llamaban *pharmakos* a las víctimas humanas que eran sacrificadas —*precipitadas*— en momentos de crisis para absorber las impurezas del ambiente, lo que provocaba un efecto farmacéutico¹³; la metáfora del *pharmakon* se emplea en términos dialécticos para señalar la ambivalencia de veneno y antídoto¹⁴.

2. Este singular destino etimológico, muy poco claro, es sólo el comienzo de las dificultades que acarrea la pena como delimitadora del horizonte del saber jurídico-penal. Por ello, se impone distinguir la pena de otras formas de coacción, sin lo cual no existe ámbito o universo delimitado. Todo saber es particular, porque es un conjunto de conocimientos parciales: no hay ciencia que pretenda ocuparse de todos los entes. La ontología es filosofía y se ocupa del ser de los entes, pero no de éstos en particular, sino de lo que les es común. Si bien la realidad es continua y dinámica, el saber humano no puede hacer otra cosa que parcializar para conocer, elegir un conjunto de entes y centrar su atención sólo en ellos, porque cualquier otra aspiración totalizante es irrealizable. Dado que son producto de una parcialización, los conocimientos científicos son provisionales y abierten y presuponen la parcialidad proveniente de su origen. Por eso siempre es necesario establecer el horizonte de proyección antes de ensayar el sistema de comprensión; es menester saber acerca de qué se interrogará, antes de comenzar a hacerlo.

⁷ Cfr. Supra § 1.

⁸ Respecto de las disputas, inconsistencias y falta de unidad sobre el concepto de pena, tanto en doctrina como en jurisprudencia, Nagler, *Die Strafe*; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*; Maurach, en "Schuld und Sühne", p. 26 y ss.; Bockelmann, en "Heidelberg Jahrbücher", n.º 5, p. 25 y ss.; Noll, *Die ethische Bedeutung der Strafe*; Volk, en ZStW, n.º 83, 1971, p. 405 y ss.; Vasalli, *Funciones e insuficiencias de la pena*, p. 339 y ss.; Cid Moliné, *¿Pena justa o pena útil?*

⁹ Cfr. Castelli y otros, *El mito de la pena*, p. 9.

3. Pero la parcialidad determina la provisoriedad, porque a medida que se pregunta por los entes de un universo o horizonte, se cae en la cuenta de que se requieren nuevas delimitaciones: los sistemas de comprensión hacen estallar los horizontes de proyección y, de ese modo, se avanza en la dinámica del conocimiento en todos los saberes. No obstante, no debe pensarse que se trata de procesos internos de cada saber en forma de compartimento, sino que lo impulsan los contactos y relaciones con otros saberes y con el poder mismo, pues el nuevo paradigma sigue siendo un *saber-poder*, sólo que el poder que impulsa una revolución en una ciencia no puede evitar la paradoja de causar con ello algo parecido en las otras, aunque eso no siempre le resulte funcional. Por fortuna esto —como fruto de la ineludible parcialización del saber— es inevitable y, de este modo, garantiza la dinámica del conocimiento. El paradigma causal de la pena cayó como consecuencia de la revolución *cuántica* en la física, pues la física newtoniana arrastró en su caída al positivismo filosófico y a sus burdos reduccionismos y, con ello, al concepto mecánico neutralizador de la pena. El paradigma etiológico en criminología entró en crisis con el derrumbe del reduccionismo biológico y del spencerianismo, cuyo racismo colapsó después de su asunción por el nacionalsocialismo.

IV. Derecho penal y modelo de estado de policía

1. Con la afirmación de que el horizonte de proyección del derecho penal es proporcionado por la pena y de que su universo debe abarcar la legislación manifiesta, latente y eventualmente penal, se indica su *forma de delimitación*, pero no la *delimitación misma*, que se precisa con el concepto de pena. Para establecer qué es la pena se han enunciado numerosas teorías, que le asignan una función manifiesta que la diferencia de otras formas de coacción estatal. Para todas estas teorías la pena cumple una función positiva, o sea, que es un bien para alguien¹⁵. La compleja lista de funciones diferenciadoras positivas se integra con tesis entre sí contradictorias e incompatibles. Cada *teoría positiva de la pena* le asigna una función manifiesta diferente. Prácticamente se han agotado todos los caminos lógicos para argumentar que la pena tiene función racional: la función manifiesta más difundida en los últimos años es la simbólica¹⁶. Cada uno de ellos ha podido producir un horizonte y un sistema de comprensión del derecho penal: *cada teoría de la pena proporciona un paradigma al saber penal*¹⁷; pretender que lo único que interesa es la disuasión normativa con prescindencia de la pena, no tiene sentido¹⁸. De toda teoría positiva de la pena (y de la consiguiente legitimación del poder punitivo a través de ella) se puede derivar una teoría del derecho penal. Se trata de una consecuencia lógica: de cada discurso legitimante se deriva una función y un horizonte. Por ende, las omisiones deductivas y las contradicciones de los autores en particular no lo invalidan, siendo sólo pruebas de su incoherencia. Tampoco lo invalidan los ensayos de yuxtaponer elementos teóricos incompatibles para superar un callejón sin salida.

2. No es posible precisar el concepto de pena sin examinar más cercanamente la función política del derecho penal, lo que no es factible sin profundizar la idea de estado de policía y de estado de derecho. Por su etimología, *policía* significa *administración* o *gobierno*, de modo que el *estado de policía* es el que se rige por las *decisiones del gobernante*. Con cierto simplismo se pretende establecer una separación tajante

¹⁵ Pese a lo cual no puede dejar de reconocerse que la pena es un mal, pues priva de bienes jurídicos (cfr. Bockelmann, p. 2; Maurach, p. 5; Christie, *Los límites del dolor*; Wolf, *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, p. 59 y ss.).

¹⁶ Sobre ello, por todos, Melossi, en DDDP, I, 1991, p. 26.

¹⁷ Sobre ello, por todos, Melossi, en DDDP, I, 1991, p. 26.

entre el estado de policía y el de derecho, o sea, entre el modelo de estado en que un grupo, clase o segmento dirigente encarna el saber acerca de lo que es bueno y posible y su decisión es ley; y el otro, en que lo bueno y lo posible lo decide la mayoría, respetando derechos de las minorías, para lo cual ambas necesitan someterse a reglas que son más permanentes que las decisiones transitorias. Para el primero, sometimiento a la ley es sinónimo de obediencia al gobierno; para el segundo significa sometimiento a reglas (leyes) antes establecidas. El primero presupone que la conciencia de lo bueno pertenece al grupo hegemónico y, por ende, tiende a una justicia *sustancialista*; el segundo presupone que pertenece a todo ser humano por igual y, por ende, tiende a una justicia *procedimental*. La tendencia sustancialista del primero lo inclina a un derecho *transpersonalista* (al servicio de algo metahumano: divinidad, clase, casta, estado o cualquier otro mito); el procedimentalismo del segundo lo inclina a un derecho *personalista* (para los humanos)¹⁹. El primero es *paternalista*: considera que debe castigar y enseñar a sus súbditos y tutelarlos incluso frente a sus propias acciones autolesivas. El segundo debe respetar a todos los seres humanos por igual, porque todos tienen una conciencia que les permite conocer lo bueno y posible, y cuando articula decisiones conflictivas debe hacerlo de modo que afecte lo menos posible la existencia de cada uno conforme a su propio conocimiento: el estado de derecho debe ser *fraterno*.

3. Pero las descripciones de ambos corresponden a modelos ideales. Es posible descubrir en la historia una tendencia al progreso del estado de derecho, que sufre marchas y contramarchas. El simplismo no consiste en distinguir los modelos para aclarar los objetivos, sino en ignorar la historia y pretender que el estado de derecho surgió con la Constitución de Virginia o con la Revolución Francesa y se instaló para siempre, en tanto que el estado de policía acabó con el antiguo régimen.

4. La Constitución de Virginia no abolió la esclavitud. Los norteamericanos, incluso Washington y Lincoln, consideraron a los negros como extranjeros y trataron de mandarlos a una colonia en África o a México²⁰. Y a la Revolución Francesa debe computársele el terror y, además, desembocó en pocos años en un imperio. Con razón se ha observado que *no importa que la doctrina corriente, al comenzar con el estudio de la policía, dedique al estado de policía necrológicas bien intencionadas, puesto que a lo largo de su exposición ese estado resucita de nuevo y, aunque se defiende con decisión el estado de derecho, en la doctrina de la policía de este mismo estado tropezamos con un estado extraño al derecho*²¹. La positivización de los derechos humanos a nivel internacional constituye un extraordinario esfuerzo universal en favor del estado de derecho. Pero la lucha por el estado de derecho continúa en todo el planeta, aun en los países que parecen estar más próximos al modelo ideal, porque nunca se consuma.

5. Frente a los conflictos, la actitud del estado de derecho y la del estado de policía son claramente antagónicas, pues mientras el estado de derecho pretende resolver los conflictos sociales y, por ende, sus agencias se conciben como proveedoras de soluciones, el estado de policía pretende suprimir los conflictos y, por ende, sus agencias se conciben como realizadoras de la voluntad supresora. Las agencias jurídicas del primero tratan de controlar el respeto a las reglas establecidas; las del segundo el respeto a la voluntad hegemónica. Las tendencias extremas se ejemplifican en un gobierno constitucional y una dictadura genocida, pero se pasa por alto que en todo estado de derecho histórico (real) se producen avances y retrocesos del mismo: *en cualquier ejercicio de poder político institucionalizado en forma de estado, el estado de derecho y el estado de policía coexisten y pugnan, como ingredientes que se combinan en diferente medida y de modo inestable y dinámico*. El estado de policía nunca desaparece del todo, debido a que cada agencia pretende extender su poder hasta el arbitrio, porque parece ser inherente a la dinámica del poder la competencia y el estímulo para

¹⁹ Cfr. Mayer, M.E., *Filosofía del derecho*, p. 156.

²⁰ Sobre ello, Ginzberg-Eichner, *El negro y la democracia norteamericana*, p. 70 y ss.

²¹ Merkl, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 325.

eludir las reglas establecidas. Hay estados cuya ingeniería institucional permite un mayor juego de pesos y contrapesos y es más difícil que las agencias compitan eludiendo reglas, pero no por eso pierden su tendencia. Por ello, estas coexistencias tienen lugar incluso en las sociedades más democráticas, sin que sea menester apelar a los ejemplos históricos en que directamente se han negado las reglas mismas, como con el uso mítico del *Führerprinzip* nacionalsocialista, con la *dictadura del proletariado* stalinista o con la absolutización de la *seguridad nacional* sudamericana. De allí que en cualquier estado real se hallen siempre combinados, en diferente medida y forma, elementos del estado de derecho con otros del estado de policía, pugnando en su seno dos tendencias: (a) una que tiende a conservar y reforzar el poder vertical arbitrario, junto a otra (b) que tiende a limitarlo y horizontalizarlo. La primera se inclinará por suprimir los conflictos, disciplinando jerárquicamente a los seres humanos según su género, clase, etnia, color, ingresos, salud, elección sexual, capacidad contributiva, etc. Si cada uno se mantiene en su correspondiente nivel jerárquico, no habrá conflictos. La segunda se inclinará a resolver los conflictos manteniendo la paz social en base a soluciones que satisfagan a las partes y operen entre personas consideradas en pareja dignidad. A ello obedece que los derechos nunca se realicen por completo, que a su respecto se pueda hablar de una progresividad y falta de rotundidad en su formulación²², que deba reconocerse que la fuerza normativa de la Constitución es dinámica, que nunca es óptima, que el derecho constitucional debe tener por objeto los esfuerzos por realizarla²³ y que, en definitiva, el cometido del derecho penal siempre sea inconcluso y abierto, *un unfinished*²⁴, lo que quizá justifique la referencia a la *mala conciencia* del operador jurídico-penal y a su caracterización como *personaje trágico*²⁵.

6. El ejercicio del poder punitivo, con su selección de criminalizados y victimizados por vulnerabilidad, el sacrificio de sus operadores, el refuerzo y autonomización de sus burocracias policiales, su imagen bélica, la reproducción de antagonismos sociales, su preferencia por el modelo de sociedad verticalista disciplinante (corporativa), *no puede menos que identificarse como un capítulo del modelo de estado de policía que sobrevive dentro del estado de derecho*. La legitimación del poder punitivo es un componente del estado de policía que opera en detrimento del estado de derecho. Al racionalizar funciones manifiestas y omitir el modo real de ejercicio del poder punitivo, se legitima este último. La asignación de funciones positivas al poder punitivo (teorías positivas de la pena) legitima el poder real que se ejerce con el pretexto de imponer unas pocas penas a personas vulnerables, aunque cabe reconocer que esta función legitimante se intenta con diferentes grados significativos, según sea la función manifiesta asignada: algunas procuran imponer mayores límites al poder punitivo (el llamado *derecho penal liberal* en todas sus variantes), en tanto que otras le asignan directamente funciones manifiestas claramente policiales, identificándose con ese modelo de estado (*derecho penal autoritario*).

7. Si bien no cabe duda que son preferibles las teorías positivas de la pena que legitiman en menor medida el poder punitivo (*derecho penal liberal tradicional*)²⁶, cabe observar que (a) no dejan de ser legitimantes del estado de policía; (b) que desde el punto de vista de su coherencia interna suelen ser más contradictorias que las que adoptan sin ambages la defensa del estado policial, presentando flancos muy débiles al ataque autoritario; y que (c) suelen generar confusiones, porque no pueden ocultar la contradicción que implica invocar el estado de derecho para legitimar (aunque sea

²² Cfr. Méndez Baiges, en "En el límite de los derechos", p. 110.

²³ Cfr. Hesse, *A força normativa da Constituição*.

²⁴ Respecto de este concepto, Mathiesen, *The Politics of Abolition*, p. 13 y ss.

²⁵ Cfr. Dreher, en "Fest. f. Bockelmann", p. 45.

²⁶ Es correcta la observación de que no pueden equipararse ambos discursos; cfr. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 249.

parcialmente) un poder propio del estado de policía. Ante estos inconvenientes, cabe reconocer que resultaría mucho más diáfano *renunciar a cualquier teoría positiva de la pena*, dado que es inevitable que (a) todas ellas legitimen en alguna medida el estado de policía, como también (b) que asignen al poder punitivo funciones falsas desde el punto de vista de la ciencia social, pues no se verifican empíricamente, provienen de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia, jamás pueden afirmarse en todos los casos y ni siquiera en un número significativo de ellos. A esto cabe agregar que c) ocultan el modo real de ejercicio del poder punitivo y con ello lo legitiman, y que d) sólo en forma ocasional y aislada el poder punitivo cumple con alguna de las funciones manifiestas asignadas.

§ 5. Derecho penal y modelo de estado de derecho

I. Delimitación del horizonte por una teoría negativa de la pena

1. Todas las teorías positivas de la pena responden a la siguiente estructura razonante: (a) asignan a la pena una función manifiesta determinada; (b) asignan al derecho penal la interpretación de las leyes que disponen una coacción que se ajusta a esa función (excluyen las demás coacciones que quedan en campos ajenos o en ninguno); (c) conforme a la interpretación de las coacciones con la función asignada, las agencias jurídicas deciden a su respecto en cada caso, con exclusión de todo el resto de la coacción estatal que no responde a la función asignada y que, por arbitraria definición, no es punitiva aunque materialmente lo sea. Se confunde el poder punitivo lícito con el poder punitivo a secas, porque no parte de un concepto básico de éste (constitucional, internacional o prelegal) que le permita distinguir luego lo lícito de lo ilícito. (b) Como la función manifiesta se considera positiva, el estado tiene el deber de extenderla cuantas veces lo considere necesario o conveniente, por lo cual, la función no sólo sirve para legitimar la pena y para deducir la teoría del derecho penal, sino también para deducir todo un *derecho penal subjetivo* cuyo titular sería el propio estado²⁷. Esta función asignada traducida en un pretendido *jus puniendi*²⁸, se emplea para indicarles a las agencias políticas hasta dónde pueden echar mano de los elementos del estado de policía.

2. Dado que las funciones manifiestas asignadas por las teorías positivas de la pena fueron enunciadas en tal cantidad y disparidad que siempre son múltiples, contradictorias e incompatibles, los derechos penales subjetivos lo siguen siendo. El fracaso del pretendido límite material al *jus puniendi* lo prueban los formidables esfuerzos realizados en el campo del derecho procesal, constitucional e internacional para rodearlo de limitaciones externas y formales, lo que no se asemeja en nada a la regulación de un derecho subjetivo sino que constituye un enorme arsenal normativo destinado a la contención de un poder: lejos de regular un supuesto *jus puniendi*, trata de contener una *potentia puniendi*. Esto pone de manifiesto la imposibilidad de limitación material, pero la impotencia no genera derechos subjetivos ni la debilidad legitima el poder.

3. Este atolladero no es superable con una nueva teoría positiva, sino apelando a una *teoría negativa o agnóstica de la pena*: debe ensayarse una construcción que parta del fracaso de todas las teorías positivas (por falsas o no generalizables) en torno de funciones manifiestas. Adoptando una teoría negativa de la pena, se puede construir un

estado de policía que son propios del poder punitivo que acota. La cuestión es *cómo obtener un concepto de pena sin apelar a sus funciones manifiestas*. A este respecto tampoco es transitable el ensayo de hacerlo *a través de sus funciones latentes*, porque éstas son múltiples y no son conocidas en totalidad; la polémica a su respecto está abierta y constituye uno de los temas más apasionantes de la criminología, de la macrosociología y de la política, pues la pena es un fenómeno social total, esencialmente complejo²⁹. Poco se gana apelando al concepto sociológico de *control social*, porque si bien éste reconoce una larga tradición en su saber de origen, no es inequívoco ni mucho menos y, en cierta forma, no pasa de ser una denominación³⁰. Lo único que puede afirmarse respecto de sus funciones latentes es (a) que se trata de un complejo heterogéneo; (b) que difiere en razón de los conflictos en que se ejerce; (c) que cualquier enunciado simplificador cae en el simplismo; (d) que no pueden aislarse las funciones latentes de la pena de la total función del poder punitivo y, por lo tanto, de su ejercicio más significativo, que es el poder de vigilancia, para el cual la pena casi es un pretexto; (e) que, en cualquier caso, el poder punitivo ejercido con la pena no sería más que una ínfima parte de éste, habida cuenta de la dimensión del poder de vigilancia y del paralelo y subterráneo.

4. Pretender aislar las funciones reales de la pena del poder punitivo importa caer en una formalización jurídica artificial, pues el mayor poder del sistema penal no finca en la pena sino en el poder de vigilar, espiar, controlar movimientos e ideas, obtener datos de la vida privada y pública, procesarlos, archivarlos, imponer penas y privar de libertad sin control jurídico, controlar y suprimir disidencia, neutralizar las coaliciones entre los desfavorecidos, etc. Si alguna duda cabe acerca del formidable poder verticalizador del sistema penal, basta con mirar la experiencia histórica: el sindicalismo, el pluralismo democrático, el reconocimiento de la dignidad de las minorías, la misma república, lograron establecerse siempre en lucha contra ese poder. Cualquier innovación social que hace al desarrollo humano debe enfrentarse al mismo; hasta la moda debe defenderse de ese poder. Todo el conocimiento (y el pensamiento) se abrió paso en lucha contra el poder punitivo. *La historia enseña que la dignidad humana, cuando avanza, lo hace en lucha contra el sistema penal*. Casi podría decirse que la humanidad avanzó siempre en pugna con éste.

5. Si no se conocen todas las funciones que cumple la pena, y menos aun las de la totalidad del poder punitivo, pero se sabe que las asignadas por el derecho penal mediante las teorías positivas son falsas o, por lo menos, que es falsa su generalización, debe concluirse que lo adecuado sería *buscar el concepto de pena para delimitar el universo del derecho penal por un camino diferente de sus funciones*. Descartada la vía formal (porque llevaría a una inusitada tautología del poder: pena sería lo que las agencias políticas consideran tal), no resta otro camino que valerse de *datos ónticos*. No se trata de intentar desentrañar un *concepto óntico* de pena en el sentido de prejurídico, sino de construir un concepto jurídico –y, por ende, limitador– que demande referencias ónticas, pues son las únicas capaces de dotarlo de eficacia reguladora y limitante, dado que, de lo contrario, quedaría pendiente del vacío, como el universo mecánico de Newton. Lo normativo no se crea para limitar lo normativo, sino para regular o limitar una conducta humana (sea de los protagonistas del conflicto, de los jueces, de los funcionarios, etc.).

6. Incorporando las referencias ónticas es posible construir el concepto teniendo en cuenta que *la pena es (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso*. El concepto así enunciado se obtiene por exclu-

sión: la pena es un ejercicio de poder³¹ que no tiene función reparadora o retributiva ni es coacción administrativa directa. Se trata de una coerción que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos (no es parte de la coacción estatal reparadora o retributiva ni de la coacción estatal directa o policial). Se trata de un *concepto de pena que es negativo* por dos razones: (a) no le asigna ninguna función positiva a la pena; (b) se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Es *agnóstico* en cuanto a su función, porque parte de su desconocimiento. Esta teoría negativa y agnóstica de la pena es el único camino que permite incorporar al horizonte del derecho penal y, con ello, hacer materia del mismo, a las leyes penales latentes y eventuales, al tiempo que *desautoriza los elementos discursivos negativos del derecho penal dominante*.

7. Sin duda causa asombro descubrir que existen numerosos actos del poder que no responden al modelo reparador ni de coacción directa, pero que privan de derechos o causan dolor, y que casi nunca se imagina que puedan considerarse penas. Cabe observar que el poder, en materia que le es tan cara con mayor razón que en otras, no sólo genera saber sino que, con mayor celo, condiciona al sujeto cognoscente y, por ende, provoca un entrenamiento jurídico apto para la interiorización de los discursos de poder que ocultaron el carácter de pena de la mayoría de ellas y que de ese modo han conseguido, por omisión condicionada de los operadores jurídicos, la legitimación de su imposición fuera de cualquier hipótesis delictiva y por decisión ajena a la jurisdicción. Como se ha visto³², el propio discurso jurídico penal se ha encargado, junto a los elementos legitimantes y pautadores, de elaborar los elementos negativos, a través de los cuales dedicó una considerable parte de su esfuerzo a racionalizar un retroceso de su poder directo, dado que eligió ejercerlo como poder del discurso, convirtiéndose en las únicas agencias de poder del mundo contemporáneo —caracterizado por la competencia— que se esfuerzan por racionalizar el acotamiento de su propio ejercicio. Un concepto negativo de pena tiene el efecto discursivo de acabar con los componentes negativos, pues permite —mediante sus vínculos ónticos— poner de manifiesto el poder punitivo en toda su dimensión. No cabe duda que la incorporación de ese poder al discurso del derecho penal (y con ello al control y reducción jurídicos) será una tarea lenta y difícil, sea para declararlos inconstitucionales, para cerrarles los espacios de abuso del poder que los permiten o para incorporarlos a las decisiones jurisdiccionales. Se trata de un programa de lucha por el poder jurídico de acotamiento y reducción que se sintetizaría en una formidable pugna por la progresiva realización del principio de máxima subordinación a la ley penal. Al abarcar el derecho penal los casos de poder punitivo ejercido al margen de toda ley y los ejercidos excediendo la habilitación legal, no excluye del concepto de pena las torturas, los apremios, las victimizaciones por el poder penal subterráneo, los fusilamientos o ejecuciones sin proceso, los secuestros, etc., y tampoco los agravamientos ilícitos de penas lícitas, como las violencias, maltratos, riesgos de contagio, de suicidio o de enfermedad física o mental, de lesiones, mutilaciones, violaciones, etc. Sin duda que todo este ejercicio del poder punitivo es penal (son penas), aunque se trate de penas ilícitas. Este concepto importa adoptar una idea amplia de pena, como categoría que permite al derecho penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas, pero que le impide ignorar la penalidad de las coacciones ilícitas, lo que tiene consecuencias prácticas en las decisiones pautadoras de casos particulares³³.

³¹ Es obvio que no todo ejercicio de poder o coacción es pena; esta confusión se le atribuye a Godwin (Farrell, en "Contradogmáticas", 4/5, p. 140), aunque no parece correcto (cfr. Godwin, *Investigación acerca de la justicia política*, p. 326 y ss.).

³² Cfr. Supra § 3.

³³ Cfr. Zaffaroni, en "Festkrift till Jacob W. F. Sundberg", p. 469; también en "Derecho penal y criminología", 1992.

II. Pena, coacción reparadora o retributiva y coacción directa

1. Dado que la pena es un concepto que se obtiene por exclusión, es necesario distinguirlo muy precisamente de las otras dos grandes formas de coerción estatal, que son (a) la *reparadora o retributiva* y (b) la *coacción directa o policial*. La coerción reparadora o retributiva (modelo dominante del derecho privado) tiene una función manifiesta que, en líneas generales es verdadera, en tanto que la pena no tiene ninguna función manifiesta que se corresponda en todos los casos —y ni siquiera en la mayoría de ellos— con la realidad. Es posible objetar que la función manifiesta de la coerción reparadora o retributiva no se corresponde con la realidad, porque ésta es selectiva por el limitado acceso a la justicia que sufren amplios sectores de la población. Pero esto sólo señala un defecto de operatividad, dado que sería posible y deseable extender el acceso a la justicia. No puede argüirse que lo mismo sucede con la pena en base a cualquier función manifiesta arbitrariamente asignada, afirmando que el dato de realidad sólo revela un defecto operativo, porque en tanto que la ampliación del acceso a la justicia en el derecho privado es un bien deseable, incluso hasta la utopía de abarcar a toda la población, nunca puede decirse que la realización completa del programa de criminalización primaria sea un bien, porque destruiría la sociedad, en especial con la amplitud insólita que este programa tiene en los estados contemporáneos, que lo extiende incesantemente con absoluta irresponsabilidad política. Aunque la total realización de la función manifiesta del modelo reparador o retributivo sea utópica, es indudable que el avance hacia esa meta mejoraría la coexistencia, en tanto que el avance de la criminalización secundaria hacia la imposible realización total del programa de criminalización primaria aniquilaría la coexistencia.

2. La diferencia entre ambas coerciones proviene de la dispar naturaleza *abstracta* de los modelos a que responden: en tanto que el modelo reparador o retributivo es de *solución* de conflictos, el punitivo es de *decisión* de conflictos que no resuelve sino que, como se ha dicho, los suspende en el tiempo. La extensión del primero amplía el número de conflictos resueltos y mejora la coexistencia; la del segundo extiende el margen de puros actos unilaterales del poder, deja más conflictos sin resolver y deteriora la coexistencia.

3. Se explicará más adelante³⁴ que la pena como coacción que excluye a la víctima se asentó definitivamente entre los siglos XI y XII, porque antes los mismos conflictos se resolvían por vía reparadora (composición). La composición era favorecida por una coacción consistente en la amenaza de guerra entre clanes. Pese a que no se puede hablar de *delincuente* sin hacerlo simultáneamente de *víctima*³⁵, la confiscación de ésta privó a la pena de todo contenido reparador y limitó la reparación al derecho privado³⁶, donde, en una sociedad caracterizada por grandes diferencias patrimoniales, no puede obtenerse cuando el demandado no tiene bienes. La pena podría perder algo de ilegitimidad como sanción reparadora si se la redujera a una coacción que obligase a la reparación³⁷, pero esta tendencia es apenas perceptible en la legislación vigente nacional y sólo un poco más extendida en la legislación comparada, donde se tiende a asociar los beneficios con los esfuerzos reparadores, devolviendo algún protagonismo a la víctima³⁸, como forma de obviar los aspectos más irracionales

³⁴ Cfr. Infra § 16.

³⁵ Cfr. Moreno Hernández, en "Teorías actuales en el derecho penal", p. 355.

³⁶ v. Hogenhuis, *The disappearance of a victim-position*, en "The criminal justice system as a social problem: an abolitionist perspective", p. 167.

³⁷ En este sentido es clara la contradicción con la mediación y la diversión (Cfr. Messner, *Recht im Streit, Das Jugendstrafrecht, die alternativen Sanktionen und die Idee der Mediation*). Sobre mediación: Rosell Senhenn, en "Los medios alternativos de resolución de conflictos", p. 259 y ss.; Pisapia (Coord.), *Prassi e teoria della mediazione*; Sánchez Concheiro, en "Corintios XIII", n. 97/8, pp. 331 y ss.

³⁸ Sobre ello, la compilación de Maier, J., *De los delitos y de las víctimas*; Bovino, en "Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica", n.º 15, 1998, p. 28; INACIPE, *Informe de la Comisión del Ministerio Público. La víctima y su relación con los Tribunales Federales*; también, Beristain, *Victimología. Nueve palabras claves*, p. 474 y ss.; del mismo, en "Ethik u. Sozialwiss. Streitforum f.

de la confiscación³⁹. De cualquier manera eso no es fácil en las sociedades con fuerte estratificación, sin perjuicio de que no existe sociedad en que todos los conflictos tengan solución.

4. Toda administración demanda un poder coactivo que le permita ejecutar sus decisiones. Este poder se ejerce de diferentes maneras. Las más comunes son (a) la ejecución subsidiaria del acto omitido por el particular (se efectiviza sobre su patrimonio), (b) las multas coercitivas y (c) la coacción directa. Esta última es la de más compleja delimitación respecto de la pena. La coacción directa importa una intervención en la persona o sus bienes, que puede tener efectos irreversibles. Se la emplea frente a un peligro por inminencia de un daño o lesión o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso. Poco importa que el riesgo dependa o no de una acción humana, que en caso de serlo sea también delictiva, etc., sino que su presupuesto es la mera existencia del peligro. (a) Las teorías que los administrativistas postulan a su respecto, no difieren en sustancia de las que emplea el derecho penal para la defensa y la necesidad. (b) La tentativa del estado de policía de crear un concepto de *orden público metajurídico* está hoy desprestigiada, porque se considera que, en el estado de derecho, el orden público siempre es jurídico: se debe referir a intereses o derechos, individuales o colectivos (aun difusos), pero siempre jurídicos y concretos. La nebulosidad metajurídica de un orden público no jurídico equivale a la pretensión penal de sancionar acciones por el mero hecho de violación del deber, obviando la lesividad. (c) La pretensión de extender la coacción directa para prevenir los peligros antes de que se produzcan tampoco difiere mucho de lo que se pretende hacer en derecho penal con el llamado *peligro abstracto*, como presunción de peligro o como peligro de peligro⁴⁰.

5. Los tres aspectos señalados demuestran que la coacción directa requiere un estricto control jurisdiccional, para evitar que se convierta en un agente teórico del estado de policía. Los esfuerzos de la doctrina jurídica en este sentido —enormes aunque nunca suficientes— consisten de modo principal en la exigencia de revisión jurisdiccional, reconocimiento de intereses difusos, responsabilidad del estado por los excesos, facilitación de recursos urgentes, etc. Cuando la coacción directa no es inmediata o instantánea (si la ejecución no coincide con el acto administrativo que la dispone) los problemas son menores, porque existe la posibilidad de revisión. El gran entuerto surge cuando la coacción no admite ninguna solución de continuidad temporal con el acto que la dispone porque, de haberla, el peligro se concretaría en daño o el daño en curso devendría mayor o irreparable. La idea de un orden público nebuloso y metajurídico, la invocación arbitraria de la necesidad, la dificultad para precisar la proporcionalidad en cada caso y el frecuente desplazamiento del peligro de lesión hacia el peligro de peligro o prevención del peligro, son todas racionalizaciones de las agencias ejecutivas para ampliar su poder, lo que implica un avance del estado de policía. Esta circunstancia provoca un razonable temor por parte de la doctrina penal ante la posibilidad de reconocer que una parte del poder que se somete al control de las agencias judiciales no es realmente punitivo, sino mera coacción directa diferida. Se piensa que ese reconocimiento puede provocar un reclamo de competencia por parte de las agencias ejecutivas y, por ende, su consiguiente sustracción al control judicial. Este temor sólo

Erwägungskultur". Jg. 12/2001, p. 88; su sobrevictimización en el proceso penal, Rodríguez Manzanera, *Victimología, Estudio de la víctima*, p. 378; Kosovski, en "Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Jr.", p. 173 y ss.

³⁹ Sobre la consideración de la víctima como "no persona", Messuti de Zavala, en "Rivista Internazionale di Filosofia del diritto", n.º 3, 1994, p. 493.

⁴⁰ Sobre ello, Aguirreazkuenaga, *La coacción administrativa directa*; su origen en Mayer, Otto, T. II, p. 3 y ss.; sus diferencias con el denominado "poder de policía" en Carro, *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, p. 605 y ss.; la crítica al concepto de "poder de policía" en Gordillo, *Tratado*, tomo 2, p. V-1 y ss. Un panorama tradicional en Altamira, *Policía y poder de policía*; Bielsa, *Derecho constitucional*, p. 355; Fiorini, *Poder de policía*. El clásico trabajo sobre límites de la coacción directa, von Humboldt, *Los límites de la acción del estado*, p. 122.

puede neutralizarse con una teoría negativa de la pena, porque según lo señalado, toda ley eventualmente penal forma parte del horizonte del derecho penal y, por consiguiente, su aplicación debe someterse al control de las agencias jurídicas. De cualquier manera, es necesario analizar con atención todos los supuestos de coacción directa y los que, quedando excluidos, participan de una estrecha vinculación eventual con el poder punitivo.

6. La coacción directa, como injerencia en la persona o bienes de un habitante para neutralizar un peligro inminente o interrumpir una actividad lesiva en curso, es un ejercicio de poder que tiene una explicación racional y que, por lo tanto, está legitimado dentro de esos límites. Frecuentemente se la confunde con el ejercicio del poder punitivo, hasta el punto de que, cuando se discute su legitimidad, suele defendérselo apelando a ejemplos de coacción directa. Sin embargo, la única posibilidad de confundir la coacción directa con el poder punitivo es falsear los presupuestos de la primera para usarla como pretexto. Desde la remanida apelación al secuestro del automotor ilícitamente aparcado en la vía pública (que no es más que coacción directa para facilitar el tránsito), hasta los dolorosos casos de tomas de rehenes (en que la coacción directa sólo puede ejercerse contra los autores y para evitar la continuidad de la lesión), la confusión es explotada como argumento legitimante del poder punitivo. En el primer caso se hace valer como pena una coacción directa eficaz; en el segundo se argumenta como poder punitivo para eludir los límites de la coacción directa, que impiden su ejercicio letal sobre víctimas inocentes. Se ha dicho que la *coacción directa* puede ser *instantánea o inmediata o de ejecución diferida o prolongada*. La de ejecución instantánea o inmediata no es otra cosa que el estado de necesidad o la legítima defensa convertidos en deber jurídico para el funcionario público. La autoridad administrativa competente tiene el deber de intervenir y su coacción está legitimada dentro de los límites señalados. Pero a partir del momento en que cesa el peligro la coacción pasa a ser punitiva, salvo que la misma deba continuar para impedir la inmediata reanudación de la situación peligrosa. La coacción que se ejerce sólo para detener a una persona y someterla a un proceso penal, es punitiva. El uso de armas para detener al autor de un delito que huye y ya no agrede, es ilícito, porque el conflicto no se plantea entre el bien jurídico que el sujeto afectó y la vida, sino entre la vida y el interés del estado por imponer una pena. No hay ley alguna que permita penar *in situ* con la muerte un delito ya agotado ni que imponga pena de muerte inmediata por la mera desobediencia. La muerte en esas condiciones es un homicidio y la pretensión de legitimarla como coacción directa es una racionalización para encubrir la pena de muerte *in situ*, que es el art. 759 del CJM, que prevé un claro supuesto de necesidad.

7. La coacción directa de ejecución diferida o prolongada es la que más frecuentemente se confunde con la pena. Por regla general se tiende a legitimar la pena apelando a los ejemplos de criminalidad practicada en forma grupal y continuada, como el terrorismo o la de los negocios o empresaria. En esta actitud pesa la utopía social que imagina un poder punitivo que revierta su carácter estructural (selectividad), pero también —y quizá principalmente— pesa la confusión conceptual entre coacción directa y pena. Respecto de esto último, cabe insistir en que mientras continúa una actividad lesiva, la coacción para detenerla no es pena sino coacción directa. Una empresa criminal es una actividad grupal compartida, cuya continuidad debe ser interrumpida por el estado, de modo que mientras su poder se dirija a ese objetivo, será coacción directa y no punición. La criminalización secundaria, en esos casos, puede eventualmente tener el efecto de ser *materialmente* una forma de coacción directa, al menos hasta el momento en que con ella se interrumpa la actividad grupal. Cualquiera sea el título o denominación que se invoque para su ejercicio, el dato de realidad determinante será que se trate de un poder conducente para la interrupción de la actividad grupal delictiva. Pero debe tenerse presente que, en cualquier caso, a partir del momento en que se desbarata la actividad grupal, en que la misma cesa espontáneamente o, por cualquier razón se interrumpe sin peligro de reanudación inminente, el poder que se siga ejerciendo sobre las personas involucradas será poder punitivo y dejará de cumplir una función cierta.

8. Se trata de un campo en que el poder punitivo y la coacción directa pueden

confundirse fácilmente, al punto de que la segunda pasa casi insensiblemente a convertirse en el primero, lo que hace indispensable que siempre sea materia del derecho penal y que, en todo momento, sea ejercida con los límites y garantías de éste. De otro modo, esta coacción directa es el agente ideológico perfecto para reducir la función limitadora del derecho penal y dar entrada a los componentes más autoritarios del estado de policía. Figuras como el agente provocador, el funcionario delincuente (agente encubierto), el participante delator (arrepentido), las detenciones sin delito⁴¹ y hasta la tortura, tienen entrada en la legislación penal y procesal, por vía de argumentos de necesidad propios de la coacción directa. Se invoca a su respecto la teoría de la necesidad (propia de la coacción directa) y se la extiende a toda la criminalización. Como se verá⁴², la confusión entre coacción directa y pena es el ardor del estado de policía para acabar con el estado de derecho, usado desde la consolidación del poder punitivo en los primeros siglos del milenio que pasó y reiterado en cada renovación argumental de la emergencia: la inquisición no es otra cosa que la conversión de todo el poder punitivo en coacción directa.

9. La legislación que habilita coacción directa diferida es eventualmente penal, pues siempre se trata de un poder que puede ser usado en los casos concretos como pena. Las agencias políticas no han puesto este cuidado en todas sus leyes, cuando se trata de la libertad u otros bienes personales, pero se observa bastante estrictamente respecto del patrimonio, en especial societario. Eso obedece a que si el terrorismo propio del estado de policía irrumpiese en ese ámbito, provocaría una estrepitosa fuga de capitales y desbarataría todas las relaciones económicas. Por esa razón, muchas de las previsiones del derecho penal de los negocios son formas de coacción directa (al igual que otras son sanciones reparadoras o restitutivas y otras son multas coercitivas). La liquidación de una sociedad es una clara forma de coacción directa, al igual que su intervención (salvo que persiga un fin reparador). También lo es el retiro de licencias, permisos o concesiones, porque tienden a impedir la continuidad lesiva. La incautación de los beneficios societarios ilícitos tiene una finalidad restitutiva o reparadora: el estado asume la representación de intereses difusos o colectivos, cuando no es el propio fisco que se cobra por este medio.

10. Una de las emergencias que dan lugar a que las agencias políticas habiliten la introducción de componentes inquisitorios propios de la coacción directa (para ejercer indiscriminadamente ésta o el poder punitivo) es el discutido concepto de *terrorismo*, que algunas tendencias autoritarias pretenden usar difusamente para controlar disidencia y aun para establecerlo desde el estado, mientras otros aspiran a conceptualarlo con sincera preocupación, aunque nadie logra precisarlo. En líneas muy generales y dentro de la nebulosa que parece querer abarcar en las diversas tentativas de conceptualización, éste tiene en común con otras actividades delictivas su continuidad, en general—aunque no siempre—emprendida grupalmente y que se prolonga de modo indefinido. La prisionización de miembros del grupo es una coacción directa, pero no detiene de inmediato la actividad del grupo, sino que lo va debilitando hasta conseguir ese objetivo. No obstante, como esto puede demorarse también indefinidamente, no sería viable una coacción directa indefinida ejercida sobre personas individuales en razón de la actividad que despliegan otros. Mientras la actividad continúe, la pena (prisionización) de miembros del grupo, materialmente hablando será coacción directa, y sólo será mero poder punitivo a partir del momento en que cese la actividad y se prolongue la prisionización; inversamente, si se agotase la pena antes del cese de la actividad del grupo, ésta habrá funcionado en la realidad como límite racional a la coacción directa.

11. La función de coacción directa que la actividad punitiva desempeña en estos casos no puede confundirse con la función manifiesta de prevención general negativa, como teoría positiva de la pena. Esta última es *ex post facto* y respecto de una actividad futura que no se ha emprendido y ni siquiera se sabe si se emprenderá; la coacción directa es *in facto*: respecto de una actividad en curso

⁴¹ Sobre su inconstitucionalidad. Blando, p. 143; en referencia a extranjeros indocumentados. Burgos Mata, p. 28 y ss., y desde hace varias décadas. Paz Anchorena, *Curso*, p. 403.

⁴² Cfr. *Infra* § 16.

de realización. El ilusionismo del estado de policía se vale de la emergencia penal, elevando cualquier riesgo culturalmente creíble a la categoría de mal cósmico, para transformar ideológicamente todo el ejercicio de poder punitivo *ex post facto* en poder de coacción directa *in facto*. No existe riesgo de que el reconocimiento de la naturaleza de coacción directa de este poder lo sustraiga al derecho penal y a las agencias jurídicas. La experiencia histórica y la cotidiana muestran el claro carácter de ley eventualmente penal en todas las que lo habilitan. De allí que la racionalidad de la coacción directa deba ser siempre controlada por una agencia jurídica y únicamente la inmediata o instantánea puede quedar en manos de las agencias ejecutivas (sin perjuicio del posterior control de su uso), pero en esos casos debe reunir los requisitos de la legítima defensa o del estado de necesidad, que son disposiciones permisivas que en la coacción directa se tornan imperativas para los funcionarios. La propia Constitución y el derecho internacional dan cuenta de esto, al regular muy precisamente los pocos casos en que la coacción directa diferida o prolongada se pone en manos de agencias políticas, como en el artículo 23° constitucional. El art. 27° de la Convención Americana elimina cualquier duda acerca de los límites y del control de racionalidad judicial de esas facultades, cuyo objeto no puede ser otro que evitar que su uso concreto pase a ser un ejercicio del poder punitivo, lo que, por otra parte, ya estaba en la Constitución: *durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas*. El control de racionalidad durante el estado de sitio plantea varios problemas, como el retaceo de información por parte del poder ejecutivo, basado en razones de seguridad. La vía de control adecuada es el *habeas corpus*—que no puede suspenderse—y, en la medida que las razones que invoque el ejecutivo sean atendibles y la detención no aparezca como irracional por otras causas, la jurisdicción debe evitar la neutralización del efecto coactivo directo de ésta. No obstante, la admisibilidad de las razones de seguridad es inversa al tiempo, y, por ende, con su transcurso aumenta el deber de explicación del ejecutivo. Cuando, pese al transcurso del tiempo, el ejecutivo siga negando la información precisa, el poder judicial debe entender que no tiene los elementos para juzgar racional la medida y, por ende, corresponde hacer lugar al *habeas corpus*.

12. En cuanto a la prisión preventiva, ésta sólo eventualmente puede asumir el carácter de coacción directa, como en los casos en que sirve para prevenir la inminencia de otro conflicto. La eventual prevención de la venganza que en algunos casos excepcionales puede implicar el ejercicio del poder del sistema penal, sería un supuesto más de coacción directa de ejecución diferida o prolongada, pero en modo alguno puede generalizarse esto hasta convertirlo en un argumento legitimante del poder punitivo y, menos aun, en una teoría positiva de la pena, porque no pasa de ser una función excepcional.

III. Elementos pautadores y teoría negativa de la pena: el derecho penal como proveedor de seguridad jurídica

1. Un concepto negativo o agnóstico de pena significa que la misma queda reducida a un mero acto de poder, que sólo tiene explicación política. A renglón seguido se plantea la dificultad para construir una teoría jurídica sobre un puro poder que no admite explicación racional. Se trata de saber si es posible programar decisiones jurídicas acerca de un poder que no está legitimado o que, al menos, no se logra legitimar unívocamente ni en toda su extensión. El derecho penal no tiene por tarea la legitimación de toda la criminalización y menos aun del conjunto amplísimo del poder punitivo (negativo o represivo, subterráneo y paralelo, positivo o configurador), sino la de *legitimar sólo lo único que puede programar: las decisiones de las agencias jurídicas*. Las agencias jurídicas no poseen el poder de criminalización primaria (que ejercen las políticas) ni el de criminalización secundaria (que ejercen las ejecutivas, junto a todo el resto del poder punitivo). En consecuencia, *el único ejercicio de poder que pueden programar no puede exceder el ámbito del reducido poder jurisdiccional que ejercen sobre la criminalización secundaria*. Tampoco tienen poder para neutralizar la formidable potencia de las restantes agencias del sistema penal, ni para reemplazar los modelos punitivos de decisión de conflictos por modelos que provean soluciones efectivas. En el marco de un inmenso ejercicio de poder no legitimado, las agencias jurídicas sólo pueden decidir acerca del sometimiento al mismo de poquísimas personas, más o menos arbitrariamente seleccionadas, por lo general en función de estereotipos y torpezas (óperas toscas) entrenadas para su protagonismo conflictivo.

2. Los operadores de las agencias jurídicas deben tomar decisiones en esos casos, porque de no hacerlo se extendería sin límites el restante poder del sistema penal y arrasaría con todo el estado de derecho. Este deber decisorio constituye su función jurídica y, como tal, es racional si lo ejerce en la medida en que su propio poder lo permite y orientado hacia la limitación y contención del poder punitivo. *Siempre que las agencias jurídicas deciden limitando y conteniendo las manifestaciones del poder propias del estado de policía, ejercen de modo óptimo su propio poder, están legitimadas, como función necesaria para la supervivencia del estado de derecho y como condición para su reafirmación contenedora del estado de policía que invariablemente éste encierra en su propio seno.*

3. El modelo de una rama del derecho como programación de un ejercicio de poder que está legitimado en la medida en que contiene, limita o reduce el ejercicio de otro poder que no está legitimado, no es original en el marco general del saber jurídico, sino que ha sido precedido en buena medida por el *derecho internacional humanitario*, que se basa principalmente en los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Desde la Carta de la ONU la guerra es un ejercicio de poder no legitimado, pero no por ello la guerra desaparece, sino que su consideración como hecho de poder cancela la vieja disputa sobre la *guerra justa*⁴³. El saber de los juristas no suprime los poderes ilegítimos, porque sólo puede programar el ejercicio del limitado poder de las agencias jurídicas⁴⁴. En el caso del derecho internacional humanitario, está claro que los órganos de aplicación del mismo –principalmente la Cruz Roja Internacional– no tienen poder para evitar ni detener las guerras, sino sólo para limitar y contener parte de su violencia, y esto es justamente lo que hacen y lo único que se les puede exigir que hagan. Nadie duda de la legitimidad ni de la racionalidad del derecho internacional humanitario, precisamente porque se trata de un programa de limitación y contención de un hecho de violencia irracional y deslegitimado. Lo irracional sería exigirle que programe lo que no tiene poder para realizar: la desaparición de las guerras de la superficie del planeta.

4. La idea de que la pena es extrajurídica y tiene semejanza con la guerra⁴⁵ no es nueva. En América fue sostenida en el siglo XIX por uno de los penalistas más creativos e intuitivos de ese tiempo, que con toda claridad afirmaba que *el concepto de pena no es un concepto jurídico sino un concepto político* y agregaba: *Quien busque el fundamento jurídico de la pena debe buscar también, si es que ya no lo halló, el fundamento jurídico de la guerra*⁴⁶. Siguiendo esta línea, el derecho penal puede reconstruirse sobre un modelo muy semejante al derecho humanitario, partiendo de una teoría negativa de toda función manifiesta del poder punitivo y agnóstica respecto de su función latente: la pena (y todo el poder punitivo) es un hecho de poder que el poder

⁴³ Acerca de ello, Alberdi, *El crimen de la guerra*, p. 25; sobre la relación de guerra y política, el clásico es Clausewitz, *De la guerra*, I, p. 51 (“Guerra como simple continuación de la política por otros medios”); la inversión de la fórmula en Foucault, *La voluntad de saber*, p. 13.

⁴⁴ Desde siempre se reconoció su vínculo con la legítima defensa y el menester de limitarla; por todos, Montesquieu, *De l'esprit des lois*, X, II, *Oeuvres*, tomo I, p. 182; los autores del derecho internacional público destacaron su condición de calamidad o flagelo atroz, y la necesidad de encerrarla mínimamente en un marco jurídico, v. del Vecchio, *El fenómeno de la guerra y la idea de la paz*, p. 10.

⁴⁵ En la actualidad, como una suerte de guerra civil en miniatura o sociedad en guerra consigo misma, caracteriza la pena Garland, *Pena e società moderna*, p. 338.

⁴⁶ Barreto, en “Obras completas”, pp. 149 y 151 (el trabajo data de 1886, siendo publicado como apéndice a la 2ª edición de *Menores e loucos*; la 1ª, Rio de Janeiro, 1884, no lo incluye). Sobre este autor, Lyra, *Direito penal científico*, p. 29; del mismo, Tobias Barreto, *O homem pênido*; Lima, Tobias Barreto (*A época e o homem*); Costa Junior, Tobias Barreto, en “Rev. Bras. De Direito Penal”, n.º 31, p. 97; Mercadante-Paim, Tobias Barreto na cultura brasileira. Uma reavaliação; Losano, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, p. 370; Silveira, *O romance de Tobias Barreto*; Barreto, Luiz Antonio, Tobias Barreto.

de los juristas puede limitar y contener, pero no eliminar. Resulta racional una teoría del derecho penal que lo programe para acotar –y también para reducir⁴⁷– el poder punitivo hasta el límite del poder de las agencias jurídicas, pues se orienta hacia lo único posible dentro de su ámbito decisorio programable. No se pretende legitimar el poder de otros, sino *legitimar y ampliar el poder jurídico*, que es el único cuyo ejercicio puede orientar, dado que las agencias jurídicas no disponen de otro en forma directa.

5. El derecho penal como programación acotante y contentora del poder punitivo ejercido por agencias no jurídicas, cumple una fundamental *función de seguridad jurídica*: ésta es siempre *seguridad de los bienes jurídicos individuales y colectivos de todos sus habitantes*⁴⁸, y todos estos bienes jurídicos se hallarían en gravísimo peligro si no existiese una acción programada y racional de las agencias jurídicas (derecho penal) que tienda a acotar el ejercicio del poder punitivo que, de otro modo, avanzaría sin límites hacia la tortura, el homicidio, la extorsión, el pillaje, etc., destruyendo al propio estado de derecho (o al estado a secas, porque el estado de policía puro tampoco existe en la realidad, dado que acaba siendo una ficción en la que se amparan grupos que disputan el monopolio de los crímenes más graves).

6. El derecho penal tutela los bienes jurídicos de todos los habitantes en la medida en que neutraliza la amenaza de los elementos del estado de policía contenidos por el estado de derecho. El poder punitivo no tutela los bienes jurídicos de las víctimas del delito, pues por esencia es un modelo que no se ocupa de eso, sino que, por el contrario, confisca el derecho de la víctima: si esa tutela no la proporciona ninguna otra área jurídica, la víctima debe soportar el resultado lesivo de un conflicto que queda sin solución⁴⁹. *Las teorías manifiestas de la pena legitiman, junto al poder punitivo, la orfandad de la víctima y el consiguiente derecho del estado a desprotegerla*. La invocación de la víctima es discursiva, pero el modelo la abandona sin solución. Con una teoría negativa de la pena queda al descubierto su desprotección: se deja en claro que no se tutelan sus derechos, es posible ponerle límites a su orfandad jurídica (prohibición de doble victimización: programar los elementos pautadores en forma que no agravén y en lo posible alivien la situación de la víctima), pero no puede eliminarla, porque para eso debiera suprimir el modelo punitivo, cuando sólo tiene poder para acotarlo. Los propios discursos que proclaman diferentes fines manifiestos de las penas pretenden paliar la desprotección de la víctima con algunas pequeñas concesiones, por lo general mezclando la pena con otros modelos de solución de conflictos. Estas tímidas tentativas no tienen mucho éxito por la marcada incompatibilidad del modelo punitivo con los de solución de conflictos y, además, porque no cancelan la confiscación del conflicto, al no poder renunciar al modelo punitivo, aunque quepa reconocer la importancia paliativa de los mismos y estimularla.

7. El derecho penal basado en la teoría negativa del poder punitivo queda libre para elaborar elementos pautadores de decisiones que refuercen la seguridad jurídica, cu- elaborados elementos pautadores de decisiones que refuercen la seguridad jurídica, cu- tendida como tutela de los bienes jurídicos, pero no de los bienes jurídicos de las víctimas de delitos, que están irremisiblemente confiscados por la criminalización en los pocos casos en que tiene lugar (y completamente abandonados en la inmensa mayoría, en que el sistema penal ni siquiera opera), sino de los bienes jurídicos de todos los habitantes, pues de no ejercer su poder jurídico de limitación, éstos serían fatalmen-

⁴⁷ Para la analogía con el derecho internacional humanitario, Durand, en “Revista Internacional de la Cruz Roja”, 1981, Ginebra, p. 57 y ss.; Fernández Flores, *Del derecho de la guerra*, p. 559.

⁴⁸ Respecto de los distintos conceptos de “seguridad jurídica”, con base en la obra de Max Rümelin, Polaino Navarrete, 1996, p. 299. Sobre ello, v. *Infra* § 8.

⁴⁹ Con razón se ha puesto en duda, en la perspectiva legitimante tradicional, que pueda haber racionalidad en una institución penal (así, Zolo, en “Diritto penale, controllo di razionalità e garanzia del cittadino”, p. 244).

te aniquilados por el poder ilimitado de las agencias del sistema penal que acabarían monopolizando el crimen y considerando delito a cualquier intento de resistencia al monopolio. Los propios discursos legitimantes que reconocen como función al derecho penal la protección de bienes jurídicos³⁰ deben admitir que no se trata de los bienes jurídicos de las víctimas, para lo cual se sostienen argumentos complejos, como que la pena tiene efecto represivo respecto del pasado y preventivo respecto del futuro³¹, que no se ocupa de la víctima concreta sino que, mediante la estabilización de la norma, se ocupa de las futuras víctimas potenciales³², que en el homicidio no se afectaría la vida de un hombre sino la idea moral de que la vida es valiosa³³, etc. Todos estos inconvenientes se eluden si se adopta un criterio de construcción teleológica del derecho penal, que tenga como meta la protección de bienes jurídicos (seguridad jurídica), pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y de momento imaginarias o inexistentes), que asuma el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo.

8. De este modo no es necesario acudir a ninguna teoría positiva de la pena ni del poder punitivo para obtener en el derecho penal elementos pautadores propios del derecho penal liberal, que profundicen la tradición iluminista y revolucionaria (racionalista) de la segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX, con la ventaja de evitar los componentes legitimantes del viejo liberalismo (contractualismo) penal, que contienen en germen el autoritarismo, en razón de que cualquier legitimación parcial del poder punitivo es engañosa porque siempre argumenta de modo reversible. La reversibilidad argumental de las legitimaciones parciales deriva de que el derecho penal liberal y el autoritario³⁴ constituyen dos direcciones discursivas incompatibles: (a) el derecho penal liberal trata de reducir el poder punitivo, mientras el autoritario trata de ampliarlo; (b) el liberal procura aumentar el poder de las agencias jurídicas para acrecentar su capacidad de decisión reductora; el autoritario intenta ampliar el poder de las agencias jurídicas pero sólo mediante su ejercicio a través de un discurso legitimante del poder de las agencias no jurídicas; (c) el primero refuerza los componentes limitadores del estado de derecho; el segundo refuerza las pulsiones del estado de policía que pugnan por neutralizar los anteriores; (d) el primero tutela los bienes jurídicos de todos los habitantes; el segundo reconoce un único bien jurídico, que es el poder del gobernante; (e) el primero acota la tendencia verticalizante (jerárquica y corporativa) de la sociedad y permite la subsistencia de vínculos horizontales (comunitarios); el segundo procura destruir los vínculos horizontales (comunitarios) y verticalizar corporativamente a la sociedad. Por todo ello, en cuanto el primero adopta elementos del segundo, queda totalmente contaminado y neutraliza su función contentora; a eso obedece el fracaso de todas las tentativas de combinación ensayadas y, particularmente, la del viejo liberalismo penal racionalista.

IV. Posibles argumentos exegéticos contra la teoría negativa

1. Las lecturas que no superan el contenido semántico inmediato de las palabras legales y que cierran el discurso a todo dato de la realidad o del mundo tienen eficacia en los segmentos jurídicos refractarios a la problematización de los conceptos. Desde una perspectiva semejante sería posible rechazar una teoría negativa de la pena y, por ende, una construcción del derecho penal fundada en

ella, objetando escollos basados en la legislación positiva de casi todos los países. Estos posibles argumentos serían del tipo de los siguientes ejemplos de la legislación vigente: la teoría negativa no sería compatible con la función de seguridad de las cárceles del art. 18° constitucional; con el párrafo 6° del art. 5° de la Convención Americana, que establece que la finalidad esencial de las penas privativas de libertad es la reforma y la readaptación social de los condenados (más lejanamente, con el párrafo 3° del art. 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); con el art. 41 del código penal, en cuanto se refiere a la peligrosidad; etcétera.

2. En rigor, éstos no serían argumentos de positivismo jurídico sino de exégesis jurídica, puesto que, en cierto sentido, toda aplicación de la metodología dogmática puede calificarse de positivista. Tratándose de argumentos exegéticos, sólo serían válidos presuponiendo que el derecho penal es un discurso de puro análisis exegético de la ley, que no debe hacerse cargo de nada referido a la realidad ni preguntarse por sus consecuencias sociales, que no debe asentarse sobre ninguna decisión política ni ocuparse de su funcionalidad. La respuesta adecuada a estos argumentos no puede ser otra que la objeción a sus presupuestos metodológicos.

3. No obstante, y sin perjuicio de que su tratamiento en particular corresponde a otros temas, es necesario exponer cuál puede ser la respuesta dentro de una concepción pautadora basada en la teoría negativa de la pena, pues muestra tres hipótesis diferentes: una es una hipótesis que es posible resolver en el mismo plano exegético; la segunda es un supuesto de interpretación progresiva y la tercera en caso de inconstitucionalidad o de entendimiento compatible con la Constitución. (a) La referencia a la seguridad del art. 18 CN se discute si no se limita a las prisiones preventivas, lo cual no tiene mayor importancia práctica, dado que la mayoría de los presos se hallan en esa situación y casi todos ellos la sufren con carácter punitivo, pero suponiendo que se refiera a todas las privaciones de libertad (preventivas y penas formales), la disposición se limita a excluir el castigo y a imponer la seguridad de los presos, lo que no importa consagrar ninguna función manifiesta. (b) El párrafo 6° del art. 5° de la CA (inc. 22 del art. 75 CN), que impone la reforma y la readaptación social, asigna a la prisión una función que en las ciencias sociales se demuestra que es imposible. Se trata de un caso de necesaria interpretación progresiva de la ley: si un conocimiento científico o técnico demuestra que la ley previa a éste imponía algo de imposible realización, la ley no pierde vigencia, sino que lo adecuado es que el intérprete la entienda como imponiendo lo más cercano a lo que aspiraba dentro de lo que el nuevo conocimiento admite como posible. En tal sentido debe interpretarse que obliga a extremar los cuidados para evitar que la prisionización acentúe sus estructurales caracteres deteriorantes y a ofrecer (no imponer) la posibilidad de que los prisionizados aumenten sus niveles de invulnerabilidad al poder punitivo. (c) El concepto tradicional (positivista) de peligrosidad es incompatible con la premisa básica del jushumanismo: todo humano es persona porque está dotado de razón y conciencia (art. 1° de la Declaración Universal). Persona implica autonomía de conciencia (elección autónoma entre el bien y el mal); peligrosidad implica determinación (negación de elección autónoma). En este sentido, peligrosa puede ser una cosa, pero no una persona. Si por peligrosidad quiere entenderse algo diferente de determinación al mal y, por tanto, se apela a la mera probabilidad de mal, no pasa de ser un dato estadístico que, en el caso concreto, no puede asegurar nada³⁵. Como las penas se imponen siempre en casos concretos y a personas determinadas, es inexplicable que una persona pueda sufrir una pena por una información estadística que en su caso puede ser falsa y no cumplirse. El rechazo a la responsabilidad penal por probabilidad es unánime: no es admisible que en los círculos cerrados de posibles autores se sancione a todos; se sabe que es crimen contra la humanidad la ejecución grupal por la presencia de resistentes no individualizados. En síntesis: si la peligrosidad tradicional es entendida como determinación al delito, es inconstitucional por no respetar el concepto de persona: si lo es como probabilidad de delito, también lo es, porque normaliza en el discurso penal el fundamento repugnado en el crimen contra la humanidad de ejecuciones grupales. No en vano este concepto tradicional de peligrosidad es producto de la ideología antihumanista, que naufragó en la Segunda Guerra Mundial³⁶. Por ende, o bien debe ser declarada la inconstitucionalidad del art. 41 CP en esta parte, o bien debe ser materia de una interpretación compatible con la Constitución.

³⁰ Por ejemplo, Ebert, *Strafrecht*, p. 2; Gropp, *Strafrecht*, p. 38; Wessels-Beulke, 1998, p. 2; Berdugo y otros, *Lecciones*, p. 4 y ss.

³¹ Ebert, loc. cit.

³² Gropp, p. 27.

³³ Sobre ello, Kargl, en "La insostenible situación del Derecho penal", p. 53 y ss.

³⁴ Acerca de modelos estatales liberal, autoritario y totalitario, Delmas-Marty, *Modelos actuales de política criminal*, p. 57 y ss.

³⁵ No pierde este carácter aunque se exija una "posibilidad calificada" (así, Figueiredo Dias, p. 441) ni aunque se excluya la vieja "peligrosidad social" (v. González Rus, en Cobo del Rosal, *Comentarios*, T. I, p. 238). Sobre el viejo concepto, por todos, Raggi y Ageo, *Derecho Penal Cubano*, p. 173.

³⁶ Cfr. *Infra* § 22.

Excursus: Modelos de discursos legitimantes del poder punitivo

§ 6. Referencia a las principales teorías

I. Necesidad de su mención

1. No es posible obviar la mención de los discursos legitimantes del poder punitivo por dos razones básicas: (a) En primer lugar, porque *conservan vigencia*, aunque con frecuencia no se formulan ahora en sus formas puras u originarias sino en construcciones eclécticas que los yuxtaponen, o bien los presentan bajo nuevas formas enunciativas. En rigor, no hay nuevos discursos legitimantes sino nuevas combinaciones y formulaciones de los tradicionales. (b) Por otra parte, de su visión conjunta resulta su marcada disparidad, que nunca es de detalle sino de fundamento mismo, por lo cual da lugar a construcciones por completo diferentes e incompatibles. Esto evidencia escasa solidez fundamentadora y crisis permanente en el discurso que, en la práctica, se traduce en una pluralidad de discursos legitimantes que permiten racionalizar cualquier decisión con sólo hallar el discurso apropiado entre los que se ofrecen. Un derecho penal elaborado dogmáticamente, pero que concluye en una práctica rópica (porque permite que el operador elija primero la decisión y luego busque el fundamento), exhibe el incumplimiento de la promesa dogmática de previsibilidad.

2. Las asignaciones de funciones manifiestas a la pena son variables de la general función de *defensa social*⁵⁷. Incluso las construcciones que renuncian a todo contenido empírico o pragmático (las llamadas *teorías absolutas*), también en forma indirecta apelan a la defensa social. El mayor esfuerzo por negarle este contenido lo llevó a cabo Kant, pero no pudo evitar que su concepto de pena estuviese impuesto por la necesidad de conservar un estado ético en el ser humano: siendo la ética pauta de convivencia social, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar, también termina en su defensa. Todas las asignaciones de funciones manifiestas se clasifican de modo análogo desde 1830⁵⁸ y legitiman la confiscación del conflicto, pues son todos intentos de racionalización de la exclusión de la víctima del modelo punitivo. Por ello, pretenden *defender* (proteger, tutelar o conservar) un ente que no consiste en los derechos de la víctima concreta, sino que pertenece a la *sociedad*, entendida de modo organicista (o antropomórfico) o contractualista, según que la amplitud del poder punitivo legitimado debilite más o menos al estado de derecho (o, lo que es lo mismo, permita mayor o menor avance de elementos del estado de policía). En las versiones legitimantes de un poder punitivo más limitado suele hablarse de *seguridad jurídica* en lugar de *sociedad*, lo que remite a una concepción no organicista de la sociedad.

3. Existen dos grandes grupos de modelos legitimantes del poder punitivo, contruidos a partir de funciones manifiestas de la pena: (a) los que pretenden que el valor positivo de la criminalización *actúa sobre los que no han delinquido*, llamadas *teorías de la prevención general* y que se subdividen en *negativas* (disuasorias) y *positivas* (reforzadoras); y (b) los que afirman que *actúa sobre los que han delinquido*, llamadas *teorías de la prevención especial* y que se subdividen en *negativas* (neutralizantes) y *positivas* (ideologías re: reproducen un valor positivo en la persona). Cada una de las teorías abarcadas en estos grupos discursivos debe someterse a crítica desde dos perspectivas: (a) desde lo que indican los datos sociales respecto de la función asignada (*ciencias sociales*); y (b) desde las consecuencias de su legitimación para el estado de derecho (*política*). En cada uno de estos conjuntos teóricos es necesario detenerse en (a) la *función manifiesta* asignada a la pena y, de ella, deducir sus consecuencias en cuanto a (b) la *forma en que conciben la defensa social* que postulan —los valores que quieren realizar socialmente—. (c) la *esencia del delito* como contradicción con los mismos y d) la *medida de la pena* para cada caso.

4. Sin perjuicio de las inexactitudes que impone la síntesis, el cuadro general de las teorías y sus consecuencias puede trazarse del siguiente modo:

⁵⁷ v., por ej., la defensa social por medio del ejemplo, en la vieja obra de Carnevale, *Crítica penal*, p. 139.

⁵⁸ La clasificación parece originaria de Bauer, *Die Warnungstheorie*, pp. 270-273; se repite a partir de Röder, *Estudios*, p. 42 y ss.; una exposición moderna, aunque incompleta, en Grupp, *Theories of Punishment*.

(A) Las *teorías absolutas* (el modelo es Kant) tienden a retribuir para garantizar externamente la eticidad cuando una acción contradiga objetivamente la misma, infringiendo un dolor equivalente al injustamente producido (talión).

(B) (a) Las teorías de la *prevención general negativa* (los modelos son Feuerbach, Romagnosi) se acercan a las absolutas cuando pretenden disuadir para asegurar los bienes de quienes podrían ser futuras víctimas de otros, puestos en peligro por el riesgo de imitación de la lesión a los bienes de la víctima y por eso necesitados de retribución en la medida del injusto o de la culpabilidad por el acto. (b) Se acercan aun más en una *segunda versión* que aspira a la disuasión para introducir obediencia al estado, lesionada por una desobediencia objetiva y penada en la medida adecuada a la retribución del injusto. (c) Se aleja en una *tercera versión* en que la disuasión persigue tanto la obediencia al estado como la seguridad de los bienes de quienes no son víctima, el delito es un síntoma de disidencia (inferioridad ética) y la medida de la pena debe ser la retribución por esta conducción desobediente de su vida. En las *tres versiones* la medida es una moderación de la *ejemplarización*.

(C) (a) Las teorías de la *prevención general positiva* en su *versión etizada* (el modelo es Welzel) refuerzan simbólicamente internalizaciones valorativas del sujeto no delincuente para conservar y fortalecer los valores éticos sociales elementales frente a acciones que lesionan bienes y se dirigen contra esos valores (algunos atenúan el primer requisito hasta casi anularlo) y a las que debe responderse en la medida necesaria para obtener ese reforzamiento (que puede limitarse como retribución a la culpabilidad etizada). (b) Las teorías de la *prevención general positiva* en su *versión sistémica* (el modelo es Jakobs) pretenden reforzar simbólicamente la confianza del público en el sistema social (producir consenso) para que éste pueda superar la desnormalización que provoca el conflicto al que debe responder en la medida necesaria para obtener el reequilibrio del sistema.

(D) Las teorías de la *prevención especial negativa* (el modelo es Garofalo) asignan a la pena la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad biopsicosocial de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad.

(E) (a) Las anteriores suelen combinarse con las *versiones positivistas* de las teorías de la *prevención especial positiva* (los modelos son Ferri, von Liszt, Ansel), que asignan a la pena la función de reparar la inferioridad peligrosa de la persona para los mismos fines y frente a los mismos conflictos y en la medida necesaria para la resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etc. (el llamado conjunto de *ideologías re*). (b) Las *versiones moralizantes* (el modelo es Röder) asignan a la pena la función de mejoramiento moral de la persona para impulsar el progreso ético de la sociedad y de la humanidad en su conjunto, frente a acciones que van en sentido contrario al progreso moral (que son síntoma de inferioridad ética) y en la medida necesaria para superar esa inferioridad.

II. La función de prevención general negativa

1. La prevención general negativa, tomada en su versión pura, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo⁵⁹. Con este discurso, la criminalización asumiría una función utilitaria, libre de toda consideración ética y, por tanto, su medida debiera ser la necesaria para intimidar a los que puedan sentir la tentación de cometer delitos, aunque la doctrina ha puesto límites más o menos arbitrarios a esta medida. Se parte de una idea del humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios. La antropología básica es la misma de la lógica de mercado, e incluso se la ha racionalizado expresamente, aplicando el modelo económico al estudio del delito, presuponiendo que los delinquentes son sujetos racionales, que maximizan la utilidad esperada de sus conductas por sobre sus costos⁶⁰.

2. Desde la *realidad social*, puede observarse que la criminalización pretendidamente

⁵⁹ En su versión más originaria puede remontarse a Püttman, pp. 257-272; en el nacionalsocialismo A. E. Günther explicaba el delito como desobediencia a la orden o autoridad del estado, restablecida por la pena, funcionando como ejemplo (Cfr. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, p. 133).

⁶⁰ Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, en "Journal of Political Economy", vol. 76, n° 2, 1968; Stigler, *The optimum enforcement of laws*, en el mismo, vol. 78, May/June, 1970; Rowan, *Economía del crimen*; Cooter-Ulen, *Derecho y Economía*, p. 543.

ejemplarizante⁶¹ que persigue este discurso, al menos respecto del grueso de delincuencia criminalizada, esto es, de delitos con finalidad lucrativa, seguiría la regla selectiva de la estructura punitiva: siempre recaería sobre los vulnerables. Por ende, la disuasión estaría destinada a algunas personas vulnerables y respecto de los delitos que éstas suelen cometer. No obstante, tampoco esto sería verdadero, porque incluso entre las personas vulnerables y para sus propios delitos específicos, también la criminalización secundaria es selectiva, jugando en modo inverso a la habilidad. Una criminalización que selecciona las obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito sino de la torpeza en su ejecución, pues impulsa el perfeccionamiento criminal del delincuente al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla de supervivencia para quien delinque. No tiene efecto disuasivo sino estimulante de mayor elaboración delictiva.

3. Respecto de otras formas más graves de criminalidad, el efecto de disuasión parece ser aun menos sensible: en unos casos son cometidos por personas invulnerables (cuello blanco, terrorismo de estado), en otros sus autores suelen ser fanáticos que no tienen en cuenta la amenaza de pena o la consideración un estímulo (ataques con medios de destrucción masiva), a otros los motivan estímulos patrimoniales muy altos (sicarios, mercenarios y administradores de empresas delictivas), en otros porque sus autores operan en circunstancias poco propicias para especular reflexivamente sobre la amenaza penal (la mayoría de los homicidios dolosos) o porque sus motivaciones son fuertemente patológicas o brutales (violaciones, corrupción de niños, etc.). Las únicas experiencias de efecto disuasivo del poder punitivo que se pueden verificar son los estados de terror, con penas crueles e indiscriminadas. Semerjantes situaciones son coyunturales y, cuando se producen, conllevan tal concentración del poder que los operadores de las agencias pasan a detentar el monopolio del delito impune, aniquilan todos los espacios de libertad social y suprimen o neutralizan a las agencias judiciales.

4. Es verdad que, eventualmente, sobre todo en casos de delitos de menor gravedad, la criminalización primaria puede tener un efecto disuasivo sobre alguna persona, pero esta excepción no autoriza a generalizar su efecto, extendiéndolo arbitrariamente a toda la criminalidad grave, donde es de muy excepcional comprobación empírica y ni siquiera el mismo protagonista puede afirmarla con certeza. El éxito de la teoría deviene de su pretendida comprobación por introspección en infracciones leves o patrimoniales, pero ese procedimiento no es metodológicamente correcto, pues quien procede por introspección no puede afirmar, desde su *status* social y ético, si el efecto disuasivo lo tiene la pena o la estigmatización social por el hecho mismo. Esto obedece a que este discurso parte de la ilusión de un *panpenalismo* jurídico y ético, porque confunde el efecto del derecho en general y de toda la ética social con el del poder punitivo: en definitiva —y esto es muy grave— están identificando el poder punitivo con la totalidad de la cultura. La inmensa mayoría de la sociedad evita las conductas aberrantes y lesivas por una enorme cantidad de motivaciones éticas, jurídicas y afectivas que nada tienen que ver con el temor a la criminalización secundaria. Existe una prevención general negativa, pero que va mucho más allá del mero sistema penal⁶², pues es fruto de la conminación de sanciones éticas y jurídicas no penales, como también hay un proceso de introyección de pautas éticas que no son la ley penal ni mucho menos.

5. Es claro que no hay convivencia humana sin ley, pero la ley de la convivencia no es penal, sino éticosocial y jurídica no penal. No se sostendría una sociedad en la que sus miembros realizaran todas las acciones que saben que no están criminalizadas y las que saben que no lo serán secundariamente (o que tienen poca probabilidad de serlo), por obvia incapacidad operativa de sus agencias. Por ende, no es la prevención general punitiva la que disuade a las personas y conserva la sociedad; eso no es más que una aberrante ilusión del *panpenalismo*, que pretende identificar nada menos que a la ley penal con toda la cultura.

6. Cuando una calamidad destruye o altera en profundidad todas las relaciones, a veces se hace necesario apelar a la prevención general disuasiva con medidas casi terroristas, en ocasiones legalmente previstas, como fusilamientos ejemplarizantes de ladrones en bombardeos, epidemias o terremotos. Esto demuestra que no es la criminalización secundaria ordinaria la que cumple la función

⁶¹ Destacan las dificultades o imposibilidad de verificación. Bustos Ramírez, p. 75; Köhler, M., *Über den Zusammenhang*, p. 42; la consideran probada con argumentos de sentido común o confundiéndola con la coacción directa, Gimbernat Ordeig, *Ensayos penales*, p. 21; tiempo atrás, Paz Anchorena, *La prevención de la delincuencia*, p. 68.

⁶² Cfr. Rotman, *La prevención del delito*, p. 72.

disuasiva, porque en estos casos, en que se aniquilan las verdaderas bases sociales de la disuasión, no basta con restablecer el poder punitivo ordinario. En la práctica, la ilusión de prevención general negativa hace que las agencias políticas eleven los mínimos y máximos de las escalas penales, en tanto que las judiciales —atemorizadas ante las políticas y de comunicación— impongan penas irracionales a unas pocas personas poco hábiles, que resultan cargando con todo el *mal social*. Se trata de una racionalización que acaba proponiendo a los operadores judiciales su degradación funcional.

7. En el plano político y teórico esta teoría permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca se logra la disuasión, como lo prueba la circunstancia de que los crímenes se siguen cometiendo. De este modo, el destino final de este sendero es la pena de muerte para todos los delitos⁶³, pero no porque con ella se logre la disuasión, sino porque agota el catálogo de males crecientes con que se puede amenazar a una persona. El discurso intimidatorio ejemplarizador, coherentemente desarrollado hasta sus últimas consecuencias, desemboca en el privilegio de valores tales como el orden y la disciplina sociales, o en un general derecho del estado a la obediencia de sus súbditos. En un esquema disuasivo llevado hasta sus límites, el delito pierde su esencia de conflicto en el que se lesionan los derechos de una persona, para reducirse a una infracción formal o lesiva de un único derecho subjetivo del estado a exigir obediencia, con total olvido de que el estado es un instrumento de vida, y no un carcelero o un verdugo⁶⁴. Por otra parte, la pena disuade por intimidación (miedo), pero el grado de dolor que debe inferirse a una persona para que otra sienta miedo, no depende del paciente del sufrimiento sino de la capacidad de atemorizarse del otro. Por ello, debe convenirse en que, en esta perspectiva, las penas aumentan en razón directa a la frecuencia de los hechos por los que se imponen y viceversa. La pena no guardaría ninguna relación con el contenido injusto del hecho cometido, sino que su medida debiera depender de hechos ajenos. En situaciones críticas, con menor consumo, tienden a aumentar los delitos contra la propiedad y, con lógica disuasoria, deberían aumentar las penas: en la lógica disuasoria, en las crisis económicas deben aumentarse las penas para los más perjudicados. De este modo, la lógica de disuasión intimidatoria propone una clara utilización de una persona como medio o instrumento empleado por el estado para sus fines propios: la persona humana desaparece, reducida a un medio al servicio de los fines estatales.

8. Se ha sostenido que la función de prevención general presupone la racionalidad del ser humano, con lo que evita caer en la degradación del derecho penal en derecho policial. De este modo, se sostiene una alternativa entre derecho penal de prevención general y derecho penal policial⁶⁵. Esta opción es falsa pues, por lo general, la racionalidad humana se ejerce en razón inversa a la gravedad del injusto cometido. Dar por sentado que el ser humano hace un frío cálculo de rentabilidad frente a cada impulso delictivo es una ficción, es decir, importa dar por cierto lo que es falso. Es argumento muy pobre para un derecho penal de legitimación, la supuesta necesidad de fundarlo en una falsedad; equivale a confesar que no hay argumento válido para ocultar la naturaleza policial del poder punitivo.

9. Debido al tremendo colapso ético que significa este utilitarismo, los partidarios del discurso de disuasión tratan de limitar la medida de la pena de un modo diferente al que señala la lógica misma de la disuasión; para ello piden en préstamo la retribución del derecho privado. De este modo entran en una contradicción insalvable: si la retribución no alcanza a disuadir, la pena no cumple esa función; para cumplirla en todos los casos debe superar ese límite, o bien, debe distinguir entre la parte sana de la población (que se intimida con la pena retributiva) y los *malvados* que requieren una prevención especial ilimitada, terminando en algún sistema pluralista con penas limitadas para los primeros y penas ilimitadas (rebautizadas como *medidas* para los segundos). Esto presupone una clasificación de los seres humanos entre quienes serían plenamente personas y quienes no lo serían o lo serían parcialmente. Por otra parte, la teoría se complica hasta el extremo cuando quiere prevenirse del terrorismo de estado al que conduce su lógica interna y busca el límite en la retribución, pues debe decidir qué quiere retribuir. No es suficiente tomar el contenido injusto como indicador único, pues entran en cuestión los problemas de comprensión del mismo y de motivaciones más o menos perversas, por lo cual debe concluir que debe retribuir la culpabilidad.

10. En este punto surge una nueva contradicción: la práctica policial exige que se impongan penas mayores a los que ya han cometido otros delitos y han sido condenados anteriormente. Con frecuencia la culpabilidad de éstos es menor, porque su procedencia de clase y su escasa instrucción les reduce

⁶³ Cfr. Bettiol-Petioello Mantovani, p. 826.

⁶⁴ Bettiol, *Scritti Giuridici*, T. II, p. 641.

⁶⁵ Gropp, p. 28.

el espacio social, las criminalizaciones anteriores los estigmatizan y deterioran, reduciéndolo aun más. Para sostener esta práctica policial renuncian a la culpabilidad por el acto y caen en la culpabilidad de autor, entendida como reproche de toda la existencia del mismo. Con ello cuantifican la pena en razón de la conducción de la vida⁶⁶, con lo que se propone a las agencias jurídicas que se conviertan en agentes de una ética estatal controladora de la vida toda de sus ciudadanos (súbditos) y asuman el poder de juzgamiento de las existencias de sus habitantes. La conversión de las agencias jurídicas en agencias morales se contradice con el fin de asegurar los derechos de las personas que se pretende asignar al poder punitivo, pues debe contaminarlos con otros, tales como el *orden* y la *defensa* de entes abstractos que cierran el discurso (la *comunidad* como pretendida entidad con unidad cultural; la *nación* en sentido totalitario; la *conciencia proletaria* convertida en discurso de poder; el *sano sentimiento del pueblo* como nebulosa irracional, etc.). La lógica de la disuasión hace perder al delito su esencia de lesión jurídica, para convertirlo en un síntoma de *enemistad* con la cultura que el estado quiere homogeneizar o con la moral que quiere imponer. Queda al descubierto que el poder punitivo tiene carácter verticalista, jerarquizante, homogeneizante, corporativo y, por ello, contrario al pluralismo propio del estado de derecho y a la ética basada en el respeto al ser humano como persona.

III. La función de prevención general positiva

1. Ante lo insostenible de la tesis anterior frente a los datos sociales y a las consecuencias incompatibles con el estado de derecho, en las últimas décadas ha tomado cuerpo la legitimación discursiva que pretende asignarle al poder punitivo la función manifiesta de prevención general positiva: la criminalización se fundaría en su efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico⁶⁷ productor de consenso y, por ende, *reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular)*⁶⁸. Así, se afirma que el poder punitivo se ejerce porque existe un conflicto que, al momento de su ejercicio, aún no está superado; por lo cual, si bien éste no cura las heridas de la víctima, ni siquiera atribuye la retribución del daño, sino que hace *mal* al autor. Este mal debe entenderse como parte de un proceso comunicativo. De este modo, se tiende un puente entre esta teoría preventivista y Hegel, al mostrar a la pena como la ratificación de que el autor no puede configurar de esa manera su mundo. Por ello, se afirma que el poder punitivo supera la perturbación producida por el aspecto comunicativo del hecho, que es lo único que interesa, y que es la perturbación de la vigencia de la norma, imprescindible para la existencia de una sociedad⁶⁹. En definitiva, el delito sería una mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante⁷⁰.

2. Desde la *realidad social* esta teoría se sustenta en mayores datos reales que la anterior. Para ella, una persona sería criminalizada porque de ese modo se normaliza o renormaliza la opinión pública, dado que lo importante es el consenso que sostiene al sistema social. Como los crímenes de cuello blanco no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos, su criminalización no tendría sentido. En la práctica, se trataría de una ilusión que se mantiene porque la opinión pública la sustenta, y que conviene seguir sosteniendo y reforzando porque con ella se sostiene el sistema social; éste, es decir, el poder, la alimenta para sostenerse.

3. Se trata de una combinación entre la actitud que otrora reducía la religión a un valor instrumental⁷¹ y la vieja tesis de Durkheim, que observaba que el delito también tenía una función positiva al provocar cohesión social⁷², pero que, reformulada en combinación con la anterior, otorgaría valor

⁶⁶ Cfr. *Infra* § 43.

⁶⁷ v. por ejemplo, van de Kerchove, *Le droits sans peines*, p. 382.

⁶⁸ Sobre la estabilización del poder mediante la institucionalización. Popitz, *Fenomenología del poder*, p. 42; en sentido crítico, Baratta, en *DDDP*, n.º 2, 1985, p. 247 y ss.; del mismo, en "Fest. f. Arthur Kaufmann", p. 393; Smaus, en "Social Problems and criminal justice", n.º 37, Rotterdam, 1987; Melossi, en *DDDP*, 1/91, p. 26; Pérez Manzana, *Culpabilidad y prevención*, p. 248.

⁶⁹ Jakobs, *Derecho Penal*, p. 8 y ss.; también en ADPCR, 1994, p. 138; en Argentina, se aproxima a esta tesis, Righi, *Teoría de la pena*, p. 49 y ss. Se ha observado que Jakobs se acerca a una fundamentación hegeliana y abandona la teoría preventivista (así, Schlinemann, en "Modernas tendencias en las ciencias del derecho penal y en la criminología", p. 643 y ss.).

⁷⁰ No parece estar muy lejos de esta legitimación Nozick, al afirmar que el miedo general justifica prohibir aquellos actos que producen miedo, aun a víctimas que saben que serían indemnizadas, porque el miedo —como se sabe— se induce y administra (Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, p. 78).

⁷¹ Por ej., Lardizábal, *Discurso*, p. 43.

⁷² Durkheim, *De la división du travail social*.

socialmente positivo a la punición ejemplarizante de un *chivo expiatorio* como creadora de *consenso*, sin preocuparse de que no suceda nada respecto del universo de personas que protagonizan injustos mayores, pero que, por su diferente entrenamiento o mayor habilidad y poder, no son seleccionadas. Desde otro punto de vista constituye una versión renovada de la primaria aplicación del psicoanálisis a la explicación de la justicia penal, llevada a cabo en los años veinte: el consenso lo explicaría la satisfacción por el castigo a quien no se privó de la contención de sus pulsiones⁷³. En último análisis, *las dos versiones de la prevención general no se hallan tan alejadas*, pues mientras la negativa considera que la disuasión es provocada por el miedo, la positiva llega a una disuasión provocada por la satisfacción de quien cree que en la realidad se castiga a quienes no contienen sus impulsos y, por lo tanto, sigue convencido de que es positivo seguir conteniéndolos. En cuanto a las consecuencias sociales de su lógica, no difiere de la anterior: cuanto más injusta sea una sociedad, más conflictiva será (habrá menor consenso) y, por consiguiente, requerirá más y mayores penas para provocar el grado del mismo requerido para generar confianza en el sistema.

4. No es posible afirmar que la criminalización del más torpe, mostrada como tutela de los derechos de todos, refuerce los valores jurídicos: *es verdad que provoca consenso (en la medida en que el público lo crea), pero no porque refuerce los valores de quienes siguen cometiendo ilícitos, sino porque les garantiza que pueden seguir haciéndolo, porque el poder seguirá cayendo sobre los menos dotados*. El consenso respecto de quienes ejercen poder dentro de una sociedad no se produce porque les refuerce valores que niegan, sino porque les refuerza su inmunidad ante el poder punitivo. En la práctica, esta teoría conduce a la legitimación de los operadores políticos que falsean la realidad y de los de comunicación que los asisten (relación de cooperación por coincidencia de intereses entre operadores de diferentes agencias del sistema penal), a condición de que la población crea en esa falsa realidad y no requiera otras decisiones que desequilibrarían el sistema. Se renueva el *despotismo ilustrado en nuevos términos*: la tiranía —que era preferible al caos en la vieja versión de Hobbes— es reemplazada por el engaño comunicacional, preferible al desequilibrio y quiebra del sistema. El derecho penal se convierte en un mensaje meramente difusor de ideologías falsas⁷⁴.

5. Desde lo *teórico* la criminalización sería un símbolo que se usa para sostener la confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima. Las categorías de análisis jurídico se vaciarían, pues el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido; el delito no sería un conflicto que lesiona derechos, sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema, aunque no afecte los derechos de nadie. El derecho penal fundado en esta teoría debería proponer a las agencias judiciales que impongan penas por obras delictivas toscas, porque se conocen y, de ese modo, lesionan la confianza en el sistema social, pero que se abstengan de hacerlo en los casos que no se conocen, que es lo que en la práctica sucede. La medida de la pena para este derecho penal sería la que resulte adecuada para *renormalizar* el sistema produciendo consenso, aunque el grado de desequilibrio del mismo no dependa de la conducta del penado ni de su contenido injusto o culpable, sino de la credulidad del resto. La lógica de la prevención general positiva indica que cuando un sistema se halle muy desequilibrado por sus defectos, por la injusticia distributiva, por las carencias de la población, por la selectividad del poder, etc., será necesario un enorme esfuerzo para crear confianza en él, que no debiera dudar en apelar a criminalizaciones eventualmente atroces y medios de investigación inquisitorios, con tal que proporcionen resultados ciertos en casos que, por su visibilidad, preocupan por su poder desequilibrante. La tendencia sería a privilegiar la supuesta eficacia en los casos muy visibles y a eliminar cualquier consideración acotante, desentendiéndose del resto de los casos que no son promocionados por la comunicación. En buena medida, las teorías acerca de la prevención general positiva describen datos que corresponden a lo que sucede en la realidad, por lo cual su falla más notoria es ética, porque legitiman lo que sucede, por el mero hecho de que lo consideran positivo para que nada cambie, llamando *sistema* al *status quo* y asignándole valor supremo.

6. La prevención general positiva sostenida en la referida versión, asentada en principio sobre la concepción sistémica de la sociedad, fue precedida por otra, en el marco de una *etización* del discurso penal. Esta *versión etizante de la prevención general positiva* pretende que el poder punitivo refuerza los valores éticos sociales (es decir, el valor de actuar conforme a derecho), mediante el castigo a sus violaciones. Si bien se sostenía que con ello también protegía bienes jurídicos (dado que el fortale-

⁷³ Alexander-Staub, *Der Verbrecher und seine Richter*.

⁷⁴ Cfr. Terradillos Basoco, en "Pena y Estado", n.º 1, 1991, p. 22.

cimiento del valor que orienta la conducta conforme a derecho disminuye la frecuencia de las acciones que lo lesionan). la función básica sería la primera: *el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la población*. Ambas se combinaron en la fórmula según la cual, *la tarea del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de valores de acción socioéticamente elementales*⁷⁵. Esta función explicaría que la violación a los deberes impuestos por los valores más primarios o elementales⁷⁶ (abstenerse del parricidio, por ej.) requieran penas más severas y viceversa.

7. En el nivel de la *realidad social*, esta versión sostiene que la efectividad de la función éticosocial se vincula con el grado de firmeza con que la acción estatal pretende reforzar los valores, lo que no dependería tanto de la gravedad de las penas como de la certeza de la criminalización. Ante la comprobación de que la regla de la criminalización secundaria es su excepcionalidad, el requisito que esta teoría considera necesario para su función se derrumba. Por ello, la posterior versión sistémica se conformará con que el poder punitivo normalice, es decir, con que haga que el público tenga esa certeza, aunque estadísticamente sea falsa. En la práctica, los valores éticosociales se debilitan cuando el poder jurídico se reduce y las agencias del sistema penal amplían su arbitrariedad (y a su amparo cometen delitos), siendo el poder punitivo el pretexto para ejercer ese poder. Tampoco refuerza los valores sociales la imagen bélica que siembra la sensación de inseguridad para que la opinión exija represión y, por ende, mayor poder descontrolado para las agencias ejecutivas (y menor poder limitador en las agencias jurídicas).

8. En modo alguno se debe sostener que el saber del derecho penal se halle desvinculado de la ética, sino todo lo contrario: el derecho penal que no se asienta en la ética merece el calificativo carriano de *schifosa scienza*. Pero lo que debe observarse a esta tentativa de etización es que (a) *frente al inmenso poder de vigilancia (y corrupción) que acumulan las agencias que lo ejercen, la defensa de los valores éticos fundamentales no puede llevarse a cabo mediante la legitimación de ese poder, sino precisamente a través de su contención y limitación*. (b) Además, es válido también respecto de esta versión lo que se dijo con referencia al pretendido valor simbólico: no se refuerzan los valores éticos, sino que se fomenta la certeza de que quienes son invulnerables lo seguirán siendo. (c) Presupone que todo tipo penal recoge valores éticosociales básicos, lo que es falso. En las complejas sociedades modernas no hay un único sistema de valores y, además, la posición contraria está consagrando al estado como generador de valores éticos, lo que implica una dictadura ética.

9. En el *plano teórico*, cabe deducir que para esta versión etizante la esencia del delito no fincaría tanto en el daño que sufren los bienes jurídicos, como en el debilitamiento de los valores éticosociales (la conciencia jurídica de la población), de lo cual lo primero sería sólo un indicio. Esto tiene el inconveniente de que se remite a una lesión que no es posible medir y, al independizar cada vez más la lesión de bienes jurídicos de la lesión ética, se abre la puerta para la negación del principio de lesividad, pues se conservaría sólo por razones formales. En último término tiende a la retribución de una vida desobediente al estado.

IV. La función de prevención especial positiva

1. Siguiendo primero el modelo moral⁷⁷ y más tarde el médico-policial⁷⁸, se intentó legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor⁷⁹. En la *ciencia social* está hoy demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado. Se conoce el proceso interactivo y la fijación de rol que conlleva requerimientos conforme a estereotipo y el efecto reproductor de la mayor parte de la criminalización⁸⁰. Se sabe que

⁷⁵ Así, Welzel, *Da Deutsche Strafrecht*, p. 5.

⁷⁶ La idea del derecho como mínimo ético corresponde a Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung vom recht*, p. 45.

⁷⁷ Röder y la *Besserungstheorie* (de Karl David August Röder, en castellano, *Las doctrinas y Estudios*; v. *Infra* § 21; contra este modelo, Carrara, *Enmenda del reo assumta come unico fondamento e fine della pena*, p. 191 y ss.

⁷⁸ Fue el llamado positivismo criminológico, iniciado por policías y desarrollado por médicos. Cfr. *Infra* § 22.

⁷⁹ No debe olvidarse tampoco la prevención especial sostenida por Grolman, *Grundsätze*, p. 6. Modernamente, Kaiser, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, p. 6 y ss.; Rotman, *L'evolution de la pensée juridique sur le but de la sanction penale*, p. 163 y ss.; Wüstenberger, en *Die neue Ordnung*. Desde un planteo determinista, por todos, Bauer, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*.

⁸⁰ Lemert, en Clinard, "Anomia y conducta desviada", p. 44.

la prisión comparte las características de las instituciones totales o de secuestro⁸¹ y la literatura coincide en su efecto deteriorante, irreversible en plazos largos⁸². Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil o adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica⁸³. No se sostiene la pretensión de mejorar mediante un poder que hace asumir roles conflictivos y que fija los mismos a través de una institución deteriorante, en la que durante tiempo prolongado toda su población es entrenada recíprocamente en el continuo reclamo de esos roles. Se trata de una imposibilidad estructural que no resuelve el abanico de *ideologías re*: resocialización, reeducación, inserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación. Estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que se esgrime como argumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración⁸⁴.

2. Los riesgos de homicidio y suicidio en prisión son más de diez veces superiores que en la vida libre⁸⁵, en una violenta realidad de motines, violaciones, corrupción, carencias médicas, alimentarias e higiénicas y difusión de infecciones, algunas mortales, con más del cincuenta por ciento de presos preventivos⁸⁶. De este modo la prisionización se ejerce sin sentencia, en forma de pena corporal y eventualmente de muerte, lo que lleva hasta la paradoja la imposibilidad estructural de la teoría. La regla es que cuando una institución no cumple su función no debe empleársela. En la realidad paradójica de la región, no deberían imponerse penas si se sostuviese coherentemente la tesis preventivista especial positiva. La circunstancia de que ni siquiera se mencione esta posibilidad prueba que la prevención especial es sólo un elemento del discurso.

3. En el plano teórico este discurso parte del presupuesto de que la pena es un *bien para quien la sufre*, sea de carácter moral o psicofísico. En cualquier caso, oculta el carácter *penoso* de la pena y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por *sanciones y medidas*. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la *ideología re* que se sostenga y no requerirá de otro límite. El delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la pena. Si el delito es sólo un síntoma, la *ideología re* debe postular que, a partir de ese síntoma, el estado debe penetrar en toda la personalidad del infractor, porque la inferioridad lo afecta en su totalidad. Por ello, estas ideologías no pueden reconocer mayores límites en la intervención punitiva: el estado, conocedor de lo bueno, debe modificar el *ser* de la persona e imponerle su modelo de humano. Como la intervención punitiva es un bien, no sería necesario definir muy precisamente su presupuesto (el delito), bastando una indicación orientadora general. De igual modo, en el plano procesal no sería necesario un enfrentamiento de partes, dado que el tribunal asumiría una función tutelar de la persona para curar su inferioridad. La analogía legal y su correlato procesal —el inquisitorio— serían instituciones humanitarias que superarían los prejuicios limitadores de legalidad, acusatorio y defensa, que perderían sentido como obstáculos al bien de la pena, que cumpliría una función de defensa social al mejorar las células imperfectas del *cuerpo social*, cuya salud —como expresión de la de todas sus células— es lo que en último análisis interesaría. Es claro que, con este discurso, el estado de derecho es reemplazado por un estado de policía paternalista, clínico o moral, según que el mejoramiento sea policial biológico materialista (positivismo criminológico) o ético idealista (correcionalista). En definitiva, se trata de una intervención del estado que, en caso de ser factible —contra todos los datos sociales— consistiría en una imposición de valores en que nadie cree, privada de todo momento ético⁸⁷, desde que desconoce la autonomía propia de la persona.

⁸¹ Cfr. Goffman, *Manicômios, prisões e conventos*; también, Sales Herédia, en "Iter criminis", 2001, p. 99 y ss.

⁸² Cohen-Taylor, *Psychological Survival*; con base en ello, se propone que las penas de privación de libertad no superen los quince años (Cfr. Zugaldía Espinar, *Fundamentos*, p. 258).

⁸³ Cfr. Gullo, *Delitto, pena e storicismo*, p. 16 y ss.; Castex-Cabanillas, *Apuntes para una psicología social carcelaria*; en los propios manuales penitenciarios se recomienda no agravar los sufrimientos inherentes a la prisionización (por ej., IIDH, *Manual de buena práctica penitenciaria*, p. 28).

⁸⁴ Expresamente, Solís Espinoza, *Ciencia Penitenciaria*, p. 95; mucho más prudentemente, Rotman, *Beyond Punishment*.

⁸⁵ Cfr. Daigle, en "Rev. sc. Crim. et. Droit pénal comparé", n° 2, abril-junio 1999, p. 303.

⁸⁶ Cfr. Magliona-Sarzotti, en DDDP 3/93, p. 101 y ss.; Ferrazzi-Ronconi, en DDDP 3/93, p. 133.

⁸⁷ Bettiol, *Scritti Giuridici, Le tre ultime lezioni brasiliane*, p. 41; se ha sostenido que el paradigma del tratamiento es incompatible con la secularización de la pena, que impide al estado imponer una moral (así, de Carvalho, *Pena e garantias*, p. 286).

V. La función de prevención especial negativa

1. Para la prevención especial negativa la criminalización también se dirige a la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de *un mal para la persona*, pero que es *un bien para el cuerpo social*. En general, no se enuncia como función manifiesta exclusiva, sino en combinación con la anterior: cuando las ideologías *re* fracasan o se descartan, se apela a la neutralización y eliminación⁸⁸. En la *realidad social*, como las ideologías *re* fracasan, la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria. Sin duda que tienen éxito preventivo especial: la muerte y los demás impedimentos físicos son eficaces para suprimir conductas posteriores del mismo sujeto.

2. A nivel teórico es incompatible la idea de una sanción jurídica con la creación de un puro obstáculo mecánico o físico, porque éste no motiva el comportamiento sino que lo impide, lo que lesiona el concepto de persona (art. 1º de la DUDH y art. 1º de la CADH), cuya autonomía ética le permite orientarse conforme a sentido. Por ello, cae fuera del concepto de derecho, al menos en el actual horizonte cultural. Al igual que en el discurso anterior—del cual es complemento ordinario—lo importante es el *cuerpo social*, o sea que responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a coacción directa administrativa: *no hay diferencia entre ésta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual*.

3. La *defensa social* es común a todos los discursos legitimantes, pero se expresa crudamente en esta perspectiva, porque tiene la peculiaridad de exponerla de modo más grosero, pero también más coherente: como no es posible esgrimir una defensa frente a una acción que no se ha iniciado y no se sabe si se iniciará, la forma coherente de explicarla es a través de la metáfora del organismo social. Por otra parte, cuando se observó que la pena no beneficia a todos sino a una minoría detentadora de poder⁸⁹, no se lo negó sino que se respondió que la pena siempre beneficia a unos pocos⁹⁰.

VI. La pena como prevención de la violencia

1. La teoría del *derecho penal mínimo* (*minimalismo o reduccionismo penal*) ha expuesto un concepto de pena de clara inspiración liberal, que constituye uno de los más acabados esfuerzos contemporáneos desde esta posición⁹¹. Según ese concepto, con la pena se debiera intervenir sólo en conflictos muy graves, que comprometen intereses generales, y en los que, de no hacerlo, se correría el riesgo de una venganza privada ilimitada. De este modo el poder punitivo estaría siempre junto al más débil: a la víctima en el momento del hecho y al autor en el de la pena⁹². Otros autores postulan un doble garantismo: uno negativo, como límite al sistema punitivo, pero sobre todo, uno positivo, derivado de los derechos de protección que debe prestar el estado, en particular contra el comportamiento delictivo de determinadas personas⁹³. Este garantismo positivo exigiría un cambio profundo de la política criminal, que de su orientación hacia la eficiencia debiera pasar a la defensa de derechos⁹⁴.

2. La criminalización actual no cumple esta función, salvo en casos excepcionales. La teoría del derecho penal mínimo reconoce esto y, por lo tanto, propone la reducción radical del poder punitivo. No hay nada objetable en que las agencias políticas traten de disminuir la criminalización primaria a los pocos casos graves en que, por no haber una solución culturalmente viable, se correría el riesgo de provocar peores consecuencias para el autor y quizá también para la víctima y para terceros y que, además, las agencias judiciales se atuvieran a las estrictas reglas acotantes del derecho penal liberal.

⁸⁸ A este respecto es paradigmática la obra de Garofalo, *La Criminología*.

⁸⁹ Así, Vaccaro, *Génesis y función de las leyes penales*.

⁹⁰ En este sentido, Carnevale, *Crítica penal*, p. 109.

⁹¹ En esta corriente, especialmente, Baratta, en "Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola" y Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*.

⁹² Sus objetivos en, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 331 y ss.; del mismo, *La pena in una società democratica*, en "Questione Giustizia", 1996, p. 529; sobre ello, Guzmán Dalbora, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Valparaíso, 1993, p. 209 y ss.; lo vincula con Nozick, Fiandaca, en Letizia Gianfranceschi (Org.), "Le ragioni del garantismo", p. 272.

⁹³ Así, Baratta, en "Il diritto penale alla svolta di fine millennio", p. 44.

⁹⁴ Baratta, en "Deviance et société", n° 3, 1999, p. 250.

Pero debe advertirse que lo que se propone es todo lo contrario de lo que sucede e implica la postulación de un modelo muy diferente de sociedad. Si en esa hipotética sociedad futura se redujese tanto el número de conflictos criminalizados, se acercaría mucho a las propuestas abolicionistas, pues la discusión estaría reducida al remanente mínimo. Pero como en los modelos actuales de sociedad sólo por excepción la pena asume la función que el minimalismo penal imagina en una sociedad futura, no creemos que corresponda centrar la discusión en torno de un remanente hipotético. La discusión centrada en ese tema lleva a una disputa que no tiene consecuencias prácticas inmediatas, pues se acaba disputando si puede suprimirse totalmente el poder punitivo o sólo reducirlo radicalmente, cuando la realidad actual muestra una tendencia exactamente opuesta.

3. En efecto: el minimalismo acaba discutiendo con el abolicionismo. Esa es la cuestión cuando se distingue entre la pregunta acerca de por qué se imponen penas de la interrogación sobre por qué debe existir la pena, considerando que la primera admite una respuesta empírica, en tanto que la segunda es un pseudoproblema⁹⁵. Pero lo cierto es que *el centro de interés en cuanto a la función manifiesta de la pena y para el actual saber jurídico penal, es saber si existe una función manifiesta del poder punitivo tal como es ejercido en esta sociedad, dado que el discurso del derecho penal se orienta básicamente a las decisiones que las agencias jurídicas deben adoptar en el presente*. El minimalismo no pretende proporcionar una legitimación a este poder punitivo y, por ende, no provee ninguna teoría de la pena apta para el presente. Tampoco es posible interpretarlo de modo relictante, porque la legitimidad de un poder no depende de que sea necesario en una centésima parte o en otra forma completamente diferente.

4. La selección de unos pocos por la grosería de sus obras toscas o por su condición de aislados perdedores de invulnerabilidad, no son suficientes para legitimar un ejercicio de poder de efectos letales, deteriorantes y corruptores, que tiende estructuralmente a detentar la suma del poder público. Este poder punitivo no es legitimado por la tesis del minimalismo penal, de modo que *no puede ser tratada como una nueva teoría de la pena*, sino como una propuesta política digna de ser discutida, pero de cara al futuro. Por otra parte, es dudoso que una coerción limitada a evitar conflictos (venganza) o a interrumpirlos (defender a la víctima), sea realmente una pena: cuando estos riesgos existen en forma efectiva o inminente, cabe pensar en coacción directa actual o diferida. Si estas situaciones se presumen, se cae en un discurso legitimante no muy diferente de los tradicionales, que siempre sostuvieron la necesidad del poder punitivo para impedir la reaparición de formas primitivas de castigo⁹⁶; en rigor, (a) si en el caso concreto no se convoca a la víctima (confiscación) se estaría presumiendo su intención de venganza, lo que puede ser falso; y (b) si se presume lo anterior, también se presume que el infractor está en peligro y se le impone una protección que puede no desear. Pese a la existencia del poder punitivo amplio, se sabe que existen hechos crueles de venganza⁹⁷, como también se conocen casos de gravísima impunidad, que no dieron lugar a estas reacciones (la impunidad de genocidas en la Argentina y en Chile, por ejemplo).

§ 7. Derecho penal de autor y de acto

I. Derecho penal de autor

1. La clasificación de discursos legitimantes del poder punitivo desde la perspectiva de las funciones manifiestas asignadas a la pena por las dispares teorías legitimantes del poder punitivo, puede reordenarse desde cualquiera de las consecuencias que se derivan de ellas, por ejemplo, desde la proyección de la función mediata (distintas versiones de la defensa social), desde los criterios de medición de la pena o de responsabilidad por el delito, o desde la esencia asignada al delito. Si se elige una revisión teórica reordenando las posiciones desde la perspectiva de los criterios de responsabilidad, las consecuencias no son muy diferentes, al punto de que se ha propuesto la necesidad de elegir uno de ellos, pues la ausencia de todo criterio produciría más daños que los beneficios de la pena⁹⁸.

⁹⁵ Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 321.

⁹⁶ Así, por ejemplo, Merkel, Adolf, *Derecho Penal*, p. 256; igual en la actualidad, Trechsel, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 21; Cadoppi y otros, *Introduzione al sistema penale*, I, p. 309.

⁹⁷ La *vendetta* de los corsos y otras imposiciones talionales análogas se recuerdan en la antropología desde siempre (por ej. Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, p. 170).

⁹⁸ Así, Baumann, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*: el planteo es un tanto sorprendente, pues si no hay criterio válido, lo lógico es reducir el poder punitivo.

Si se opta por replantear la cuestión desde el plano de la esencia del delito, puede reordenarse la clasificación en razón de las dispares concepciones de la *relación del delito con el autor*. En esta clave, en tanto que para unos el delito es (a) una infracción o lesión jurídica, para otros es (b) el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica. Para los primeros, el desvalor—aunque no coincidan en el objeto—se agota en el acto mismo (lesión); para los segundos, es sólo una lente que permite ver algo en lo que se deposita el desvalor y que se halla en una característica del autor. Extremando esta segunda opción, se llega a que la esencia del delito radica en una característica del autor que explica la pena. El conjunto de teorías que comparte este criterio configura el llamado *derecho penal de autor*.

2. Este derecho penal imagina que el delito es síntoma de un *estado del autor*, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales. Este estado de inferioridad tiene para unos naturaleza *moral* y, por ende, se trata de una *versión secularizada de un estado de pecado jurídico*, en tanto que para otros es de naturaleza *mecánica* y, por lo tanto, se trata de un *estado peligroso*. Los primeros asumen expresa o tácitamente la *función de divinidad personal* y los segundos asumen la *de divinidad impersonal y mecánica*.

3. Para quienes asumen una identidad divina personal, el ser humano incurre en delitos (desviaciones) que lo colocan en estado de pecado penal. Esta caída se elige libremente, pero cuanto más permanece en ella e insiste en su conducción de vida pecaminosa, más difícil resulta salir y menos libertad se tiene para hacerlo. El delito es fruto de este *estado*, en el cual el humano ya no es libre *en acto*, pero como fue libre al elegir el *estado*, continúa siendo libre *en causa* (el que eligió la causa eligió el efecto, conforme al principio *versari in re illicita*). En consecuencia, se le reprocha ese *estado de pecado penal* y la pena debe adecuarse al grado de *perversión pecaminosa* que haya alcanzado su conducción de vida. El delito no es más que el signo que indica al estado la necesidad de que su sistema penal investigue y reproche toda la vida pecaminosa del autor⁹⁹. Para este derecho penal el estado es una escuela autoritaria, en la que el valor fundamental es la disciplina conforme a pautas que las personas deben introyectar (no sólo cumplir), y las agencias jurídicas son tribunales disciplinarios que juzgan hasta qué punto las personas han internalizado las pautas estatales, sin importarle lo que hayan hecho más que como habilitación para esta intervención. No se reprocha el acto sino la *existencia*: los operadores jurídicos traducen la omnipotencia del estado omnisciente, que niega muestras de infinita bondad a los disidentes.

4. Para el derecho penal de autor identificado con una divinidad impersonal y mecánica, el delito es signo de una falla en un aparato complejo, pero que no pasa de ser una complicada pieza de otro mayor, que sería la sociedad. Esta falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el mecanismo mayor, es decir, indica un *estado de peligrosidad*. Las agencias jurídicas constituyen aparatos mecánicamente determinados a la corrección o neutralización de las piezas falladas. Dentro de esta corriente ni los criminalizados ni los operadores judiciales son personas, sino cosas complicadas, destinadas unas por sus fallas a sufrir la criminalización y otras por sus especiales composiciones a ejercerla. Se trata de un juego de parásitos y leucocitos del gran organismo social, pero que no interesan en su individualidad sino sólo en razón de la salud de éste. De cualquier manera, es bueno destacar que los argumentos del derecho penal de autor que idolatra a una divinidad mecánica e impersonal, no siempre son consecuentes con sus planteos, pues suelen ocultar posiciones de su versión contraria y vestir con *ciencia mecanicista* valoraciones inerentemente moralizantes¹⁰⁰.

5. En ambos planteos el criminalizado es un ser inferior y por ello es penado (inferioridad moral: estado de pecado; inferioridad mecánica: estado peligroso), pero no es su persona la única que se desconoce, pues el *discurso del derecho penal de autor le propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de personas*. En un caso se le propone su autopercepción como procurador de una omnipotencia que interviene en las decisiones existenciales de las personas; en el otro, como pequeña pieza destinada a eliminar fallas peligrosas de un mecanismo mayor. No es diferente la autopercepción del doctrinario que asume cualquiera de ambos discursos, pues en tanto que en uno es un traductor de la omnipotencia a los operadores judiciales, en otro es un programador de elementos destinados a neutralizar dolencias de un cuerpo orgánico en el que se integra. En su coherencia completa, el *derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y practican*.

⁹⁹ El autor que con mayor transparencia expuso esta posición fue Allegra, *Dell'abitudine criminosa*.
¹⁰⁰ Es demostrativa la consideración de la habitualidad como perversión moral por Gómez, *La mala vida*, p. 50.

6. Fuera de estas formas tradicionales y puras, pero integrándolas y complementándolas con un conjunto de presunciones, se halla el nuevo derecho penal de autor que, en la forma de derecho penal de riesgo, anticipa la tipicidad a actos preparatorios y de tentativa, lo que aumenta la relevancia de los elementos subjetivos y normativos de los tipos penales, con lo que se quiere controlar no sólo la conducta, sino la lealtad del sujeto al ordenamiento¹⁰¹. En algún sentido, se encamina a seleccionar una matriz de intervención moral, análoga a la legislación penal de los orígenes de la pena pública¹⁰², pero con el inconveniente de que pretende presumir los datos subjetivos, afirmando que la responsabilidad surge de procesos de imputación basados en expectativas normativas, y no en disposiciones reales intelectuales internas del sujeto actuante¹⁰³. Este proceso culmina en la vuelta a la presunción de dolo, mediante una llamada *normativización*, que prescinde de la voluntad real¹⁰⁴.

II. Derecho penal de acto

1. En sus versiones más puras, el derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de voluntad con que actuó). Este discurso no puede legitimar la pena porque ignora por completo la selectividad estructural (inevitable) de la criminalización secundaria, lo que determina que la pena retributiva se convierta en una pena preferentemente dedicada a los torpes, por lo que no se la puede legitimar desde la ética. Sin embargo, al incluir en su planteo la retribución jusprivatista, tiene incuestionables ventajas sobre el anterior. Así, requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria (*nullum crimen sine lege*) y la culpabilidad por el acto como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*). En el plano procesal exige un debate de partes ceñido a lo que sea materia de acusación, y de ese modo separa las funciones del acusador, del defensor y del juez (*acusatorio*). Aunque ninguno de estos principios se cumple estrictamente, no cabe duda que las agencias jurídicas que los asumen deciden con menor irracionalidad y violencia que el resto.

2. Pero el derecho penal de acto debe reconocer que no hay caracteres ónticos que diferencien los conflictos criminalizados de los que se resuelven por otras vías o no se resuelven¹⁰⁵, sino que éstos se seleccionan más o menos arbitrariamente por la criminalización primaria en el plano teórico jurídico y por la secundaria en la realidad social. Si el derecho penal de acto pretendiese notas prejudiciales del delito, debería renunciar a la legalidad: si los delitos pudiesen reconocerse ónticamente no sería necesario que los defina la ley. El *nullum crimen sine lege* y el *delito natural* son incompatibles.

3. Cuando se pretende buscar datos prejudiciales del delito, el primer argumento suele ser su gravedad. Por cierto que hay delitos atroces y aberrantes, como el genocidio y algunos homicidios, y ambos suelen llamarse *crímenes*, pero los primeros no siempre son reconocidos como tales por la opinión pública ni siempre provocan el ejercicio del poder punitivo, que frecuentemente se usa para controlar a quienes disienten con el poder que los ejecuta. Puede afirmarse que casi todas las muertes dolosas del siglo XX han sido causadas por acciones u omisiones de agencias estatales, en forma tal que, si ese poder fuese legitimado, habría que concluir que la inmensa mayoría de las muertes violentas fueron *muertes de derecho público*; frente a ellas, las provocadas por particulares son una minoría, respecto de la cual el poder punitivo ha logrado criminalizar sólo una pequeña parte. En mayor medida puede afirmarse lo mismo respecto de las acciones patrimonialmente lesivas: los mayores despojos patrimoniales los han cometido los estados. Por el contrario, hay conflictos de muy escasa gravedad que están primariamente criminalizados y otros en que se condena aun en supuestos de lesiones ínfimas. No obstante, no se criminalizan muchos comportamientos sociales que afectan de modo grave bienes jurídicos fundamentales. No siendo, pues, la gravedad objetiva de la lesión un

¹⁰¹ Cfr. Baratta, en "Pena y Estado", n° 1, 1991, p. 46; es clara la identificación del derecho penal de autor con el autoritario, y su opuesto con el liberal (cfr. Lascano, *Lecciones*, I, p. 26).

¹⁰² Batista, *Algumas matrizes ibéricas do direito penal brasileiro*, p. 134.

¹⁰³ Lesch, *Die Verbrechensbegriff*, p. 126, afirma, en forma poco convincente, que incluso Kant, Hegel y Feuerbach basaban la imputación de este modo.

¹⁰⁴ Cfr. *Infra* § 34.

¹⁰⁵ En pleno auge del positivismo se negaba la alucinación garofaliana del delito natural (cfr. Navarro de Palencia, *Socialismo y derecho criminal*, p. 103).

posible dato prejurídico diferencial del delito, puede pensarse que éste se halla en la objetivación de un dato subjetivo referido a la culpabilidad, como puede ser el grado de perversidad de la motivación. Sin embargo, una persona pobre puede sentirse tentada de apoderarse de algo de escaso valor pero que no puede comprar, y una rica puede omitir el pago de una indemnización por muerte en accidente de trabajo, especulando con los intereses que puede percibir de ese dinero: aunque más aberrante es la motivación de la segunda, sólo se criminaliza a la primera. Se impone concluir que, en un derecho penal de acto puro, no existen elementos que permitan distinguir los conflictos criminalizados de los que no lo son, salvo por la criminalización misma. Esto plantea un serio problema político, porque otorga a las agencias políticas la potestad de criminalizar prácticamente cualquier conflicto, lo que implica que éstas pueden ampliar ilimitadamente el ámbito de la materia criminalizada y, con ello, fortalecer de igual modo el poder de vigilancia y selección de las agencias policiales, provocando de esta manera la liquidación del estado de derecho.

III. Yuxtaposiciones de elementos antiliberales

1. La incapacidad legitimante de las teorías puras (tomadas desde la función manifiesta de la pena, desde la relación del delito con el autor o desde los conceptos de sociedad que se pretende defender), provocó una complicadísima serie de tentativas de legitimación que procuraron neutralizar la insuficiencia de alguna de las tesis con elementos de otra u otras, hasta el punto de que en la doctrina contemporánea, prácticamente no se sostiene ninguna teoría en estado puro. La propia teoría de la prevención general positiva encarna una defensa social que presupone un concepto de sociedad como sistema, basado en el consenso¹⁰⁶ y muy cercano al organicismo¹⁰⁷, pero entendido como una tecnología de conservación del sistema, que no requiere eliminar ningún agente infeccioso sino normalizar a las personas: les propone a los operadores judiciales una autopercepción como minielementos de un gigantesco artefacto robotizado y autoequilibrable¹⁰⁸. Coherentemente desarrollada, puede sostener un derecho penal de autor o de acto, siempre que sea eficaz para que los subsistemas del *constructo* no demanden más de lo que la totalidad del sistema puede ofrecer¹⁰⁹. De una visión biológica de la sociedad como organismo y los seres humanos como células se ha pasado a una electrónica que concibe a la misma como robot y a los seres humanos como minicomponentes, por efecto de la cibemética.

2. Quienes postulan un derecho penal de culpabilidad (de acto o de autor) y los que postulan uno de peligrosidad (de autor), no pueden compatibilizar sus puntos de vista, porque se basan en dos antropologías inconciliables. Los culpabilistas siempre se manejan con penas retributivas del uso que el humano hace de su autodeterminación¹¹⁰, en tanto que los peligrosistas le cambian el nombre a la pena (medidas o sanciones) y la reducen a una coacción directa administrativa que busca neutralizar (positiva o negativamente) la determinación del humano al delito, o sea, su famosa *peligrosidad*¹¹¹. No obstante, la imaginación discursiva intentó estas conciliaciones imposibles, mezclando idealismo, materialismo y espiritualismo, objetivismo y subjetivismo valorativos, metafísica y empirismo, nominalismo y realismo, etc., con lo cual el discurso penal —que ya había asumido la potestad de ignorar las ciencias sociales— también se atribuyó la de yuxtaponer arbitrariamente elementos de las corrientes generales del pensamiento. El resultado fue un discurso que pretende indicarles a las agencias jurídicas que consideren al humano como un ente que produjo un mal atribuible a su autodeterminación y, al mismo tiempo, que lo considere como un ente causante de mal, que necesita ser neutralizado: asimismo, el juez debe considerar al humano como una persona con conciencia moral y como una cosa peligrosa. En la práctica con ello se le indica que cuando quiera imponer una pena aunque no haya delito (o cuando habiéndolo no le parezca suficiente la retribución o la neutralización), obvie sus límites, apelando a las teorías contrarias.

¹⁰⁶ Acerca de paradigmas de consenso y de conflicto, Paliero, en RIDPP, 1992, p. 850.

¹⁰⁷ Cfr. Martindale, *La teoría sociológica*, pp. 544-546.

¹⁰⁸ Pretende fundarse en Luhmann, *Soziale Systeme*, cuyo concepto de autopoiesis lo toma de la biología (cfr. Maturana-Varela, *De máquinas y seres vivos*).

¹⁰⁹ Sobre esto, en sentido crítico, Musconi, *La norma, el senso, il controllo*.

¹¹⁰ Aunque se pretendió archivar el debate como "filosófico" (así, Jiménez de Asúa, *La peligrosidad*, p. 18), éste nunca pudo obviarse: sobre ello, Mayer, Max Ernst, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, p. 73; Rivacoba y Rivacoba, *El correccionalismo penal*, p. 56; Harzer, en "La insostenible situación del derecho penal", p. 33 y ss.

¹¹¹ Tempranamente criticada por Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, p. 309; la consideró una ficción jurídica, Soler, *Exposición y crítica a la teoría del estado peligroso*, p. 190; sobre la inconstitucionalidad de su presunción, Vassalli, *Scritti Giuridici*, volumen I, tomo II, pp. 1507 y 1561.

3. Se inventaron formas de combinar estas antropologías incompatibles en discursos legitimantes tecnocráticos (los llamados *sistemas pluralistas*): (a) El llamado *sistema de la doble vía* (código italiano de 1930, uruguayo de 1933, brasileño de 1940) impone penas retributivas a los imputables y penas neutralizantes (medidas) a los inimputables, pero en ciertos casos se imponen a los imputables penas retributivas y neutralizantes, ejecutándose en ese orden¹¹². (b) El llamado *sistema vicariante*, que impone penas retributivas a los imputables y penas neutralizantes (medidas) a los inimputables, pero en algunos casos permite que las neutralizantes (medidas) reemplacen (vicarién) a las retributivas. (c) No falta un tercer sistema —que es más incoherente y peligroso aún— que mezcla los dos anteriores: en algunos casos permite que las penas neutralizantes (medidas) reemplacen (vicarién) a las retributivas y, en otros, impone conjuntamente ambas. Fue el sistema adoptado por el llamado código penal tipo latinoamericano, como producto de la confusión reinante en la década de los años sesenta.

4. Dado que, con estos sistemas que pretenden combinar lo incompatible, en realidad se consagra la total arbitrariedad punitiva, siempre racionalizable en función de alguna de las teorías que se yuxtaponen, no es exagerada la observación de que el nacionalsocialismo no hizo otra cosa que combinar las tesis conservadoras vigentes en la república de Weimar. Con razón se afirma que la lucha de escuelas entre el positivismo de von Liszt y el retribucionismo de Karl Binding era nominal, porque ambos sostenían la incoercibilidad de los incorregibles, uno con las medidas y el otro a través de la pena retributiva perpetua o de muerte, ambos coincidiendo en que la amenaza era el proletariado y su estado mayor los delincuentes habituales, lo cual combinó el proyecto de Radbruch de 1922 con un sistema de yuxtaposición de penas y medidas¹¹³. Le fue fácil al nacionalsocialismo echar mano de esas categorías y de la culpabilidad por la conducción de vida de Mezger¹¹⁴. De allí que sea válida la afirmación de que el nacionalsocialismo no supuso una ruptura sino que fue la continuación de la política criminal conservadora de la etapa de Weimar, o sea, que fue la culminación en acto de la ideología antiliberal histórica alemana¹¹⁵. Este proceso, que aparece transparente en Alemania, se reitera —sólo con datos coyunturales diferentes— en casi todos los países que sufrieron dictaduras.

IV. Penas sin delito, penas neutralizantes irracionales e institucionalización de incapaces

1. En la legislación nacional se establecen algunas penas neutralizantes actualmente llamadas *medidas de seguridad y medidas de tratamiento, corrección y educación*¹¹⁶, y que, conforme a la tradición, suelen clasificarse como (a) medidas *predelictuales*, (b) *posdelictuales* y (c) *para inimputables*. Las primeras (*predelictuales*) son consecuencia del *estado peligroso* y, en definitiva, de cualquier derecho penal de autor. La vagancia, la prostitución, la ebriedad, la dependencia tóxica, el juego, etc., son considerados estados peligrosos y permiten la imposición de estas penas. No es más que una ampliación abierta del poder de las agencias ejecutivas, que viola todos los principios constitucionales limitadores de la criminalización, pero que permite seleccionar a portadores de caracteres estereotipados sin más prueba que esos caracteres. Es un expediente práctico para la burocracia, porque la estadística de penas sin delito se muestra como signo de eficacia preventiva, ahorrando el esfuerzo de investigación de delitos. En la legislación argentina no existen, puesto que no se sanciona-

¹¹² Sobre la doble vía en Austria, Eder-Rieder, *Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Massnahmen*, p. 13.

¹¹³ Muñoz Conde, en "Doxa", 15-16, II, 1994, p. 1033.

¹¹⁴ Cfr. *Infra* § 44.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Fueron bautizadas así por Stooss, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil*, p. 10 y ss.; del mismo, *Lehrbuch*, p. 192; la distinción con la pena fue aceptada por Birkmeyer, *Schuld und Gefährlichkeit*; Lenz, *Ein StGB ohne Schuld und Strafe*; Belling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*; Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 228; Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri di tutela giuridica*, p. 113; Rabinowicz, *Mesures de Sureté*. El positivismo propuso suprimir su diferencia y considerar que tanto penas como medidas son sanciones (en contra, expresamente, Saldaña, *Nueva Penología*, p. 43; Soler, en ADPCP, 1964, p. 215 y ss.). Hoy, por otra vía, se insiste en desdibujar sus límites (cfr. Rigbi-Fernández-Pastoriza, *Elementos*, p. 22). Un desdibujamiento garantista o "nuevo monismo", propone dar a las penas el contenido de las medidas y a estas las garantías de las penas (Zugaldía Espinar, *Fundamentos*, p. 142). También se habla de un "monismo flexible" o de un "dualismo atenuado" (sobre ello, García-Pablos, *Introducción*, p. 150).

ron las leyes que criminalizaban la *mala vida* o *estado peligroso sin delito*¹¹⁷, pero su función fue cumplida por las penas contravencionales¹¹⁸.

2. Las *penas neutralizantes irracionales* o *medidas posdelictuales*, son penas que se imponen en razón de características del autor que no guardan relación con la culpabilidad de acto ni con el contenido de injusto del delito¹¹⁹. Mediante un simple cambio de denominación, se eluden todas las garantías y límites del derecho penal, por lo cual, con toda razón, se ha denominado a esta alquimia "embuste de las etiquetas"¹²⁰. Se imponen en razón de tipos normativos de autor, que suelen denominarse *reincidentes, habituales, profesionales, incorregibles*, etc. En general, violan también la prohibición de doble condena y de doble punición. El código penal prevé como tal la multireincidencia en el art. 52, en forma de *reclusión accesoria por tiempo indeterminado*, que históricamente es la pena de deportación. Si bien el código penal nunca le dio el nombre de *medida*—pues no es otra cosa que la pena de deportación copiada literalmente a Francia—, en la vieja ley penitenciaria nacional (art. 115) se le otorgaba ese nombre, respondiendo a la ideología positivista que trató de disfrazar su carácter¹²¹. Es inconstitucional por su manifiesta irracionalidad, debido a que excede la medida del injusto y de la culpabilidad del acto, a que viola el *non bis in idem* y a que responde a un tipo de autor. La razón de estas penas es otra demanda de carácter burocrático de las agencias policiales¹²²; los infractores de escasa importancia no pueden ser legalmente eliminados, por lo cual las agencias policiales requieren una pena eliminatória que no guarde relación con la magnitud de los delitos¹²³.

3. Las llamadas *medidas de seguridad* para las personas incapaces de delito que protagonizan un conflicto criminalizado, particularmente cuando se trata de una internación manicomial, implican una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de una pena más que en su carencia de límite máximo y, por ende, por la total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada¹²⁴. Así lo entendieron los códigos liberales del siglo pasado y, por ello no las establecían, o bien, cuando lo hacían era sólo para suplir lo que hoy, en cualquier caso de dolencia mental grave, debe corresponder al juez civil en función de disposiciones de *derecho psiquiátrico*. Habiendo en la actualidad disposiciones legales de derecho psiquiátrico, no es racional sostener que una persona, por el azar de haber puesto en funcionamiento las agencias del sistema penal, resulte sometida a esa potestad con la posibilidad de sufrir una pena indeterminada, que incluso puede ser perpetua. La agresividad de un paciente mental no depende del azar de la intervención punitiva, sino de características de la enfermedad que debe valorar el juez civil en cada caso. Se defendió su constitucionalidad con el argumento de que se trata de medidas *materialmente* administrativas y sólo *formalmente* penales. Este argumento es una racionalización, porque la rigidez punitiva de la forma condiciona la materia. Dado que la internación de pacientes agresivos se halla legalmente regulada, no se explica una regulación diferente para quienes son objeto del poder criminalizante, como no sea en función de una pena que, como se impone por vía de la selectividad punitiva, resulta arbitraria. *Debe concluirse en su inconstitucionalidad por constituir expresión de una desigualdad intolerable, fundada en el azar*.

4. Una rápida mención de las llamadas *medidas* y de la consiguiente pretensión de limitar el horizonte de proyección del saber penal, mediante un discurso que asigna funciones manifiestas diferentes a distintas *sanciones* que pretenden combinarse en los sistemas llamados *pluralistas*, permite concluir que, lejos de tratarse de un intento original, no son más que yuxtaposiciones incohe-

¹¹⁷ Cfr. *Infra* § 18.

¹¹⁸ Cfr. *Infra* § 14.

¹¹⁹ Consideran que la indeterminación de las medidas es una concesión al positivismo y postulan un máximo en función del principio de proporcionalidad. Romano-Grasso-Padovani, *Comentario sistemático del código penal*, III, pp. 207 y 357.

¹²⁰ Kohleisch, *Sicherungshaft. Eine Bestimmung auf den Streitstand*, en ZStW, 44, p. 21 y ss.; también, Dreher, *Die Vereinlichung von Strafen und sichernden Massregeln*, en ZStW, 65, 1953, p. 481 y ss.; Baumann, *Unterbringungsrecht*, p. 33.

¹²¹ Cfr. *Infra* § 62.

¹²² No sin razón se ha dicho que son consideradas la más alta expresión del derecho penal, pero en verdad son su tumba (Bettiol, *Scritti Giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, p. 9).

¹²³ Este género de reclamos en los sucesivos informes anuales de los jefes policiales en las primeras décadas del siglo XX, v. Romay, *Historia de la Policía Federal Argentina*.

¹²⁴ Se trata de otro recurso para imponer penas con discurso tutelar, análogo al empleado respecto de los menores (sobre ello, por todos, Cantarero, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*, p. 129).

rentes de diferentes discursos legitimantes que, al menos en sus formas puras, tienen la ventaja de cierta coherencia ideológica, pero nunca puede obtenerse un argumento racional confundiendo discursos irracionales.

V. Las pretendidas teorías "combinantes"

1. Como todas las teorías que asignan funciones manifiestas a las penas obtienen, como máximo, su verificación en muy pocos supuestos, la cuestión de la *eficacia* del derecho penal en perspectiva legitimante tradicional, es mucho más que problemática¹²⁵. Para salir del atolladero generado por el fracaso de todas las teorías, se creyó hallar el camino mediante la pretendida combinación de funciones o teorías¹²⁶. De este modo, se considera que la pena tiene varias funciones, por lo general incompatibles. Esta simultaneidad (explicarla como retribución pero también cumpliendo funciones preventivas generales o especiales) y alternatividad funcional (si no cumple una, cumple otra), llegó a las leyes y existen códigos que pretenden resolver el problema de legitimidad por la declaración de una agencia política (art. 25° del CP Boliviano: *Tiene como fines la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial*; art. 12° del CP Colombiano de 1980: *La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora*). Se trata de tentativas de imponer, por decisión de agencias políticas, un cierre de debate para los intérpretes del derecho penal, ante la disolución de su discurso legitimante del poder punitivo. Más allá de la incoherencia teórica, lo grave son las consecuencias prácticas de estas tentativas combinatorias.

2. Semejante equivocidad discursiva conduce a la arbitrariedad, desde que importa proponerles a los operadores judiciales que tomen la decisión que les pluguiera y luego la racionalicen con la teoría de función manifiesta que se adecue mejor a ella. De esta manera es posible imponer en cualquier caso el máximo o el mínimo de la escala penal, pues si no es adecuada para la racionalización de la pena que se pretende imponer—y que ya se ha decidido—la culpabilidad de acto, puede apelarse a la de autor o a la peligrosidad, si no es útil la prevención especial puede acudir a la general, etc. *Las combinaciones teóricas incoherentes en materia de pena son mucho más autoritarias que cualquiera de las teorías puras*, pues suman las objeciones de todas las que pretenden combinar y permiten elegir la peor decisión en cada caso. No se trata de una solución jurídico-penal, sino de una entrega del derecho penal a la arbitrariedad y la consiguiente renuncia a su función primaria.

VI. La pena como "retribución"

1. Merece una consideración particular una frase frecuente en la doctrina: *la esencia de la pena es retribución*. Ante el fracaso de la prevención especial positiva¹²⁷ y las demandas emocionales y demagógicamente alentadas, resurge el llamado *retribucionismo* o *neoretribucionismo*¹²⁸. El uso de la expresión se ha vuelto tan dispar, que no se trata de rebatir una teoría funcional de la pena, sino de ocuparse de un elemento autoritario de clausura discursiva. El éxito de la frase proviene justamente de su múltiple sentido. Lo que siempre constituye un práctico expediente discursivo para cualquier

¹²⁵ Sobre ello, Paliero, en RIDPP, 1990, p. 431.

¹²⁶ Se las ha llamado también *teorías de la unión*, clasificándolas en *aditiva* (justicia sobre prevención) y *dialéctica* (prevención sobre justicia); cfr. Zugaldía Espinar, *Fundamentos de Derecho penal*, p. 81 y ss.; una clara muestra moderna de preventivismo matizado se halla en Roxin, quien reitera su confianza en la prevención mediante el uso de nuevas tecnologías (Roxin, en "Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin", p. 211 y ss.).

¹²⁷ Estiman que debe superar sus crisis, Silva Sánchez y otros, *Casos de la Jurisprudencia Penal*, p. 74; Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización de la pena*.

¹²⁸ Se considera que media una suerte de "nostalgia" de Kant y de Hegel, ante el fracaso de las teorías positivas restantes (Cfr. Eusebi, *La funzione della pena*; del mismo, *La pena in crisi*, p. 67; también, en *fundado en justicia*, Mayer, M. E., p. 435; sus vínculos con la expiación, Dreher, en ZStW, n° 65, 1953, p. 484 y ss.; como instrumento, Hippel, *Lehrbuch*, I, p. 403; Müller-Dietz, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, p. 111 y ss.; Gallas, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit*, p. 1 y ss.; como límite a la prevención, por todos, Carrara, *Programma*, I, p. 394, en favor de un retribucionismo centrado en la víctima, Malamud Goti, *Terror y justicia*, pp. 228-230. Las tesis antiretribucionistas en Beristáin, *La pena-retribución*, p. 28 y ss.; sobre sus variantes liberales y autoritarias, Palazzo, *Introduzione*, pp. 85-86.

problema sin solución, porque permite que la objeción a uno de los sentidos pueda responderse con otro, en un permanente juego de equívocos.

2. En principio existe un *sentido kantiano de la retribución* que, como se verá, se trata de una teoría extremadamente radicalizada de la defensa social y elaborada en forma deductiva, que no admite ninguna contaminación con datos empíricos. Cualquiera sea el juicio acerca de la misma, es innegable que se trata del mayor esfuerzo teórico del racionalismo acerca de la pena y su medida y que por ello se enmarca en el general contexto de la brillante construcción de Kant, sin que sea lícito extraerlo de ésta y mezclarlo con datos empíricos falsos o esgrimirlo cuando las restantes teorías no soportan una previa decisión arbitraria. Sólo en este contexto—y hasta cierto punto en el hegeliano¹²⁹—es posible afirmar que se explica, porque es imposible de otro modo reintegrar el derecho violado por el agente¹³⁰ o restablecer el orden jurídico perturbado por el crimen¹³¹.

3. Si en el sentido corriente en que suele decirse que *pena es retribución*, se quiere expresar con ello un *juicio fáctico*, la pena no es en la realidad retribución, al menos del delito: el delito lo protagoniza un número muy grande de personas, pero el poder punitivo sólo selecciona a los torpes, de modo que si algo retribuye, es la torpeza y no el delito. Si, por el contrario, quiere expresarse un *juicio de normatividad* (la pena *debe ser* retribución), se plantean varios problemas. (a) En primer lugar, la estructura del poder punitivo no lo permite, de modo que se estaría pretendiendo que algo sea lo que nunca puede llegar a ser. (b) Además, queda en pie la pregunta de fondo, pues si no se comparte todo el planteo deductivo kantiano, no se explica la razón que fundamenta la necesidad de esa retribución¹³². (c) Por último, tampoco se explica que el mal lo sufra una persona y la retribución la cobre el estado. Para resolver estas cuestiones no resta otra posibilidad que acudir a alguna de las teorías positivas de la pena, con lo cual este pretendido retribucionismo pierde autonomía.

4. Mucho menos explicable es la pretensión de que *la pena tiene función retributiva*. No puede comprenderse una *función retributiva* fuera del marco de una *reparación*, porque la retribución no es un fin en sí mismo—ni siquiera para Kant—sino un medio que cobra sentido cuando se lo explica asociado a una finalidad diferente, como puede ser la reparación o la venganza¹³³. Pero ninguna de ambas corresponde a un ente diferente del propio ofendido, como sucede con la pena.

5. Con frecuencia la idea retributiva se emplea en un sentido formalmente oscuro, pero políticamente menos irracional que otros: *la retribución es el límite de la pena o su medida*. En esta variante, la retribución no es una teoría de la pena, sino un criterio de límite o de cuantificación, que suele morigerar las consecuencias ilimitadas de cualquiera de las teorías de la pena. En general, suele ser enunciado como criterio cuantificador por los partidarios de la prevención general¹³⁴ y como límite máximo por los de la prevención especial¹³⁵. Pese a ser políticamente menos irracional, este retribucionismo limitativo sufre otra grave tribulación cuando se pregunta por el ente que se retribuye, o sea, por su objeto o contenido, que puede ser el acto, el resultado, la voluntad, la lesión, el *animus*, la personalidad, el carácter, la conducción de vida, etcétera.

6. Más allá de toda esta confusión argumental, la constante referencia a la retribución es indicativa de que en ella se busca algo semejante a un *principio regulativo*, y pareciera ser, en definitiva, que esto es lo rescatable del concepto: *si con la criminalización primaria el estado confisca un conflicto, su intervención—por excluir a la víctima y por ser de altísima selectividad y de gran violencia—no*

¹²⁹ Sobre la pena en Kant y Hegel, Betegón, *La justificación del castigo*, pp. 60 y 19. Sobre retribucionismo hegeliano, Abegg, *Lehrbuch* p. 59; Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*; Stahl, *Die Philosophie des Rechts*; Pessina, *Elementi*, I, p. 30. Hace más de un siglo recibían la respuesta de Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, p. 131.

¹³⁰ Canonico, Tancredi, *Introduzione*, p. 35.

¹³¹ Silvela, *El derecho penal*, p. 289.

¹³² Se ha sostenido que es necesario para no caer en una administrativización del delito (así, Morselli, en ADPCP, 1995, p. 265 y ss.), pero debe convenirse que esto es sólo un argumento de menor irracionalidad.

¹³³ Sobre los autores que identifican retribución con venganza, Betegón, *La justificación del castigo*, pp. 120-121.

¹³⁴ A un derecho penal *ex ante* y *ex post*, de acuerdo a un criterio preventivo o retributivo, se refiere Carbonell Mateu, *Derecho penal*, p. 72.

¹³⁵ Aun negando la retribución, no otra cosa parece ser el límite máximo dado por la culpabilidad en Roxin, p. 59; Luzón Peña, en "Teorías actuales en el derecho penal"; Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización de la pena*, pp. 257 y 318.

puede presentarse como racional, pero su irracionalidad reconoce grados y llegaría al límite intolerable cuando no equivalga (o no guarde cierta relación) con la magnitud de la lesión que el conflicto provoque, pues en ese caso el conflicto no sería más que el pretexto para que el poder opere en la medida de su voluntad omnínoda.

7. En otras palabras: al resultado rescatable de la supuesta retribución entendida como *principio regulativo*, es preferible llamarlo *principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva*, considerándolo uno de los límites que debe observar el ejercicio del poder punitivo, y que no se deriva de ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena, sino de la necesidad de contener la irracionalidad del poder.

§ B

¿Qué es el derecho?

Si no quiere caer en tautología, o bien remitir a lo que proponen las leyes de algún país en algún tiempo, en vez de dar una solución general, esta pregunta puede muy bien sumir al *jurisconsulto* en la misma perplejidad en que se encuentra el lógico ante el desafío al que está llamado: *¿qué es la verdad?* Lo que sea de derecho (*quid sit iuris*) es decir, lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado, aún puede muy bien indicarlo: pero si también es justo lo que proponían y el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto (*iustum et iniustum*), permanecerán ocultos para él si no abandona durante largo tiempo aquellos principios empíricos, y busca las fuentes de aquellos juicios en la mera razón (si bien aquellas leyes pueden servirle para ello perfectamente como hilo conductor) para erigir los fundamentos de una posible legislación positiva. Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso.

El concepto de derecho, en tanto que se refiere a una obligación que le corresponde (es decir, el concepto moral del mismo), afecta, *en primer lugar*, sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones, como hechos, pueden influirse entre sí (inmediata o mediatamente). Pero, *en segundo lugar*, no significa la relación del arbitrio con el *deseo* del otro (por tanto, con la mera necesidad (*Bedürfnis*)), como en las acciones benéficas o crueles, sino sólo con el *arbitrio* del otro. *En tercer lugar*, en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la *materia* del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto

que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que me compra para su propio negocio; sino que sólo se pregunta por la *forma* en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como *libre*, y si con ello¹, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal.

Por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad.

§ C

Principio universal del derecho

«Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal». *Acción (de un uno)*

Por tanto, si mi acción, o en general mi estado, puede coexistir con la libertad de cada uno, según una ley universal, me agravia el que me lo obstaculiza; porque ese obstáculo (esa resistencia) no puede coexistir con la libertad, según leyes universales.

De aquí se desprende también que no puede exigirse que este principio de todas las máximas sea a su vez mi máxima, es decir, que lo convierta en *máxima* de mi acción; porque cada uno puede ser libre, aunque su libertad me resulte totalmente indiferente o desee cordialmente dañarla, con tal de que no le perjudique con mi acción externa. Tomar como máxi-

¹ Aceptamos la corrección de Hartenstein, que consiste en sustituir *adrecht* por *adunrecht*.

→ afecta solo a lo rel. externa
→ no tiene que ver con la materia
→ mi acción
solo lo bueno

ma el obrar conforme al derecho es una exigencia que me hace la ética.

Por tanto, la ley universal del derecho obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal, ciertamente es una ley que me impone una obligación, pero que no espera en modo alguno, ni menos aun exige, que *deba yo mismo* restringir mi libertad a esas condiciones por esa obligación, sino que la razón sólo dice que está restringida a ello en su idea y que también puede ser restringida por otros de hecho; y esto lo dice como un postulado, que no es susceptible de prueba ulterior alguna. -- Cuando el propósito no consiste en enseñar la virtud, sino sólo en exponer qué es *conforme a derecho* (*recht*), no es lícito, ni se debe incluso, presentar aquella ley del derecho como móvil de la acción.

§ D

El derecho está ligado a la facultad de coaccionar

La resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. Ahora bien, todo lo contrario al derecho (*unrecht*) es un obstáculo a la libertad según leyes universales; pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho (*recht*); por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de

coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción.

§ E

El derecho e s t r i c t o puede representarse también como la posibilidad de una coacción recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según leyes universales

Esta proposición significa lo siguiente: el derecho no puede pensarse como compuesto de dos elementos, es decir, de la obligación según una ley y de la facultad de aquel que obliga a los otros por su arbitrio de coaccionarles a ello, sino que podemos establecer inmediatamente el concepto de derecho sobre la posibilidad de conectar la coacción recíproca universal con la libertad de cada uno. Así como el derecho en general sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones, el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio, porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud. Por tanto, sólo puede llamarse *derecho estricto* (restringido) al derecho completamente externo. Sin duda, éste se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar al arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales. Por consiguiente, cuando se dice: un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa que pueda persuadirle de que su propia

⊗ ojo coacción recíproca
(mutua)

la voluntad universal del pueblo concuerde con esta infundada prerrogativa; por lo tanto, tampoco el soberano puede imponerla. — Ahora bien, aun cuando tal anomalía se introdujo en la maquinaria de un gobierno en épocas pasadas (en el sistema feudal, apoyado casi totalmente en la guerra), gracias a súbditos que quieren ser más que ciudadanos, es decir, funcionarios natos (como, por ejemplo, profesor por herencia), el Estado no puede corregir este error — cometido por él — de un privilegio hereditario otorgado ilegalmente, sino suprimiendo las plazas paulatinamente y no cubriéndolas; por eso tiene provisionalmente el derecho de permitir que continúe la dignidad del título hasta que en la opinión pública la división entre soberano, nobleza y pueblo dé lugar a la única natural: la división entre soberano y pueblo.

330

No puede haber en el Estado ningún hombre que carezca de toda dignidad, ya que al menos tiene la de ciudadano; excepto si la ha perdido por su propio crimen, porque entonces se le mantiene en vida sin duda, pero convertido en simple instrumento del arbitrio de otro (sea del Estado, sea de otro ciudadano). Quien se encuentra en el último caso (lo que sólo puede ocurrir mediante juicio y derecho) es un esclavo (*servus in sensu stricto*), y pertenece a la propiedad (*dominium*) de otro que, por tanto, no es sólo su señor (*herus*), sino también su propietario (*dominus*), y puede enajenarlo como si fuera una cosa, utilizarlo a su antojo (aunque no para fines vergonzosos) y disponer de sus fuerzas, pero no de su vida ni de los miembros de su cuerpo. Nadie puede obligarse por contrato a sufrir una dependencia de este tipo, por la que deja de ser persona, ya que sólo como persona puede sellar un contrato. Ciertamente, parece que un hombre pueda comprometerse con otro (por salario, alimentación o nutrición) mediante un contrato de alquiler (*locatio conductio*) a prestarle ciertos servicios, permitidos en cuanto a la cualidad, pero indeter-

minados en cuanto a la intensidad, convirtiéndose así simplemente en súbdito (*subiectus*), no en esclavo (*servus*); pero esto no es sino una falsa apariencia. Porque si el señor está legitimado para utilizar las fuerzas del súbdito a su antojo, puede también (como es el caso de los negros en las islas del azúcar) explotarlo hasta la muerte o la desesperación, en cuyo caso aquél se ha entregado a su señor efectivamente como propiedad; lo cual es imposible. — Por tanto, sólo puede alquilarse para trabajos determinados en cuanto a la cualidad y la intensidad: o bien como jornalero o bien como súbdito establecido: en este último caso, puede establecer un arrendamiento a plazo fijo o una enfiteusis, sea que preste servicios en el mismo suelo a cambio del uso de la tierra de su señor en vez de percibir un jornal, sea que se comprometa a determinadas contribuciones (una renta) por usar el suelo, según un contrato de arrendamiento, sin convertirse con ello en siervo de la gleba (*glebae adscriptus*), con lo que perdería su personalidad. Pero aunque se hubiera convertido por su propio crimen en un súbdito personal, esta sumisión no puede ciertamente sobrevenirle por herencia, ya que la ha contraído por su culpa; y tampoco se puede reclamar a quien ha sido engendrado por un esclavo los gastos de educación que haya ocasionado, porque la educación es un deber natural absoluto de los padres y, en caso de que los padres fueran esclavos, de los señores que, con la posesión de sus súbditos, han asumido también sus obligaciones.

331

Kant 4

E

El derecho penal y el derecho de gracia

I

El derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido.

de imponerle una pena por su delito. El jefe supremo del Estado no puede, por tanto, ser castigado, sino que sólo es posible sustraerse a su dominio.— La transgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano se llama *crimen* sin más (*crimen*), pero también crimen público (*crimen publicum*): por tanto, el primero¹ (el crimen privado) ha de llevarse ante la justicia civil, el otro, ante la justicia criminal.— La *defraudación*, es decir, la sustracción de dinero o mercancías que han sido encomendadas para el comercio, el engaño en la compra y la venta a la vista de otro, son delitos privados. En cambio, son delitos públicos fabricar o cambiar dinero falso, el hurto, la rapiña, etc., porque de este modo se pone en peligro a la comunidad y no sólo a una persona individual.— Estos delitos podrían dividirse en los de carácter *abyecto* (*indolis abiectae*) y los de carácter *violento* (*indolis violentae*).

La *pena judicial* (*poena forensis*), distinta de la *natural* (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*): frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. La ley penal es un imperativo categórico y jay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad

¹ Falta el antecedente de «el primero», como Natorp apunta.

332

para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica «es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo». Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra.— ¿Qué debemos pensar, pues, de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían nueva información, provechosa para la comunidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio.

Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones.— Ahora bien, parece ciertamente que la *diferencia entre las posiciones* sociales no permite aplicar el principio del talión: lo mismo por lo mismo; pero aunque no sea posible literalmente, puede seguir valiendo en cuanto a su efecto, respecto al modo de sentir de los más nobles.— Así, por ejemplo, la multa por una injuria verbal no guarda relación alguna con la ofensa, porque quien tiene mucho dine-

ro puede permitírsela perfectamente por placer alguna vez; pero la ofensa inferida al pundonor de uno puede llegar a equipararse al daño infringido al orgullo del otro, si se obligara a éste, por juicio y derecho, no sólo a retractarse públicamente, sino también, por ejemplo, a besar la mano de aquél, aun cuando sea inferior. Asimismo, si se condenara a un personaje distinguido y violento, por los golpes que ha propinado a un ciudadano inferior, pero inocente, no sólo a que se retracte, sino también a un arresto aislado y doloroso, porque así, además de sufrir la incomodidad, quedaría dolorosamente afectada la vanidad del autor y de este modo —mediante la vergüenza— se pagaría con la misma moneda, como es debido. Pero ¿qué significa la afirmación: «si tú le robas, te roban a ti mismo»? Significa que quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás; por lo tanto, se priva a sí mismo (según la ley del talión) de la seguridad de toda posible propiedad; nada tiene y tampoco puede adquirir nada, pero, sin embargo, quiere vivir, lo cual es imposible si otros no le sustentan. Ahora bien, puesto que el Estado no lo hará gratuitamente, tiene que cederle sus fuerzas para cualquier trabajo que se le antoje (trabajos forzados o trabajos en la prisión), con lo cual cae en estado de esclavitud durante un cierto tiempo o, según las circunstancias, también para siempre.— Pero si ha cometido un asesinato, tiene que *morir*. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe *equivalencia* entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre.— Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que

vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerarse como cómplice de esta violación pública de la justicia.

Esta igualdad de las penas, que sólo es posible por la condena a muerte por parte del juez, según la estricta ley del talión, se manifiesta en el hecho de que sólo de este modo la sentencia de muerte se proporciona sobre todos de forma proporcionada a la maldad interna de los criminales (aunque no se tratará de un homicidio, sino de otro crimen de Estado que sólo la muerte puede borrar).— Supongamos que, como en el caso de la última rebelión escocesa, puesto que diferentes participantes en ella (como *Balmerino*¹ y otros) no creían cumplir sublevándose más que un deber para con la casa Estuardo, mientras que otros perseguían propósitos privados, el tribunal supremo hubiera pronunciado la siguiente sentencia: cada uno tiene la libertad de elegir entre la muerte y los trabajos forzados; yo digo que el hombre de honor elige la muerte, pero el bellaco elige los trabajos forzados, esto es consecuencia de la naturaleza del ánimo humano. Porque el primero conoce algo que aprecia todavía más que la vida misma: es decir, el honor; pero el otro prefiere una vida ignominiosa a no existir (*animam praeferre pudori*. Juvenal)². Ahora bien, el primero es indiscutiblemente menos digno de castigo que el otro y por ello, imponiendo a todos la muerte por igual, se les castiga de una manera proporcionada: a aquél suavemente, según su sensibilidad pecu-

¹ A. Balmerino (1688-1746) participó en el desafortunado levantamiento de Ch. E. Estuardo, nieto de Jacobo II, y fue condenado a muerte por alta traición.

² Juvenal (53-138), Sat. III 8, 83. Citado también en V, pp. 158 s.; VI, p. 49₂₇.

har, a éste severamente, según la suya; por el contrario, si todos fueran condenados a trabajos forzados, se castigaria al primero con demasiada severidad, pero al otro se le castigaria por su infamia con demasiada indulgencia. Y de este modo, también en el caso de una sentencia dictada contra un conjunto de criminales, unidos en un complot, el mejor igualador ante la justicia pública es la muerte.— Además, jamás se ha oído decir que un condenado a muerte por asesinato se haya quejado de que con ello le está sucediendo algo excesivo y, por tanto, injusto; cualquiera se le reñía en la cara si hablara en este sentido.— En caso contrario, tendríamos que admitir que aunque, según la ley, no se hace injusticia alguna al criminal, sin embargo, el poder legislativo del Estado no está facultado para imponer esta clase de penas y, si lo hace, entra en contradicción consigo mismo.

Por consiguiente, todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas *a priori*.— Pero si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más y, sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior (no quisiera ante todo embotar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero), entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo, como es la deportación; pero esto no lo haría por medio de una ley pública, sino por un acto de autori-

dad, es decir, por un acto del derecho de majestad, que, como gracia, sólo puede ejercerse en casos aislados.

335 En cambio, el marqués de Beccaria¹, por el sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado (*compassibilitas*), ha sostenido que toda pena de muerte es ilegal, porque no podría estar contenida en el contrato civil originario; pues en ese caso cada uno en el pueblo hubiera tenido que estar de acuerdo en perder su vida si matara a otro (del pueblo); pero este consentimiento es imposible porque nadie puede disponer de su vida. Todo esto es sofistería y rabulismo.

Nadie sufre un castigo porque lo haya querido, sino porque ha querido una acción punible en efecto, cuando a alguien le sucede lo que quiere, no hay castigo alguno, y es imposible querer ser castigado.— Decir que quiero ser castigado si asesino a alguien no significa sino decir que me someto junto con todos los demás a las leyes que de un modo natural serán también leyes penales, en caso de que haya criminales en el pueblo. Yo, como colegislador que decreta la ley penal, no puedo ser la misma persona que, como súbdito, es castigada según la ley; porque como tal, es decir, como criminal, no puedo tener un voto en la legislación (el legislador es santo). Por tanto, cuando yo formulo una ley penal contra mí, como criminal, es la razón pura jurídico-legisladora en mí (*homo noumenon*) la que me somete a la ley penal a mí, como capaz de cometer crímenes, por consiguiente, como otra persona (*homo phaenomenon*) junto con todas las demás en una asociación civil. Con otras palabras: no es el pueblo (cada individuo en el mismo) quien dicta la condena de muerte, sino el tribunal (la justicia

¹ C. B. Beccaria (1738-1794), *Dei delitti e delle pene* (1764). En la *Vorlesung* es citado Beccaria en el mismo asunto en contraposición a Rousseau que, a partir del mismo presupuesto del contrato social, sacó la conclusión contraria.

de la voluntad individual a la voluntad sólo aparente —principalmente a la comunión sólo externa de la voluntad en el contrato—, *constituye el fraude*.

§ 88

En el contrato yo adquiere una propiedad en razón a la naturaleza particular de la cosa y al mismo tiempo por su universalidad interna, en parte por el *valor*, en parte como cosa de *propiedad ajena*. Acerca de esto, a causa del capricho de los otros, se me puede producir una falsa apariencia; de suerte que la apariencia tenga una exactitud en el contrato como libre consenso bilateral de la permuta sobre *determinada cosa*, según su inmediata individualidad; pero el aspecto universal en sí falta allí. (El juicio infinito según su expresión positiva o idéntica significación). (Véase *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*, § 121) ⁽¹⁾.

§ 89

Que frente a esta aceptación de la cosa meramente como tal y a la voluntad que cree simplemente, así como frente a la voluntad arbitraria, sea reconocible lo objetivo y lo universal como valor, en parte válido como Derecho y en parte anulado el capricho subjetivo frente al Derecho, antes que nada, se trata solamente en ambos casos de una exigencia.

C) VIOLENCIA Y DELITO ⁽²⁾

§ 90

El hecho de que en la propiedad se ponga mi voluntad en una *cosa externa*, consiste en que todo lo que en ella se refleja es igualmente aprehendido por ella viniendo a constituir así una necesidad. En parte, la voluntad puede aquí tolerar una fuerza en general; en parte, mediante la fuerza como condición de alguna posesión, o por un ser positivo, puede serle impuesto un sacrificio o una acción; esto es, puede recaerle *violencia* ⁽³⁾.

(1) En la trad. de E. Ovejero, corresponde al párrafo 172, pág. 128.

(2) Propadeutik. Párrafos 19-21.

(3) Zwang.

§ 91

Como ser viviente, en verdad, el hombre puede ser sojuzgado; es decir, que su parte física, por lo tanto exterior, puede ser sujeta al poder de otros ⁽¹⁾. Pero la voluntad no puede, en sí y por sí, ser violentada (§ 5), sino solamente en tanto no se retrae de la exterioridad, a la que está unida estrechamente, o de su representación (§ 7). Sólo quien se quiere dejar violentar, puede de algún modo ser violentado.

§ 92

Puesto que la voluntad sólo en cuanto tiene existencia es Idea, o sea, es realmente libre, y la existencia en que se ha puesto es el existir de la libertad, la fuerza o la violencia se destruyen de inmediato a sí mismas en su concepto, como manifestación de una voluntad. La fuerza o violencia, por lo tanto, tomadas abstractamente, son injustas.

§ 93

En el hecho de que la violencia se destruye en su concepto, reside la verdadera explicación del por qué la *violencia es anulada con la violencia*; por consiguiente, ella no sólo es condicionalmente jurídica, sino necesaria, es decir, como *segunda violencia*, que es una anulación de una primera violencia.

La violación de un contrato con la fallida prestación de lo estipulado o de las obligaciones jurídicas acerca de la familia, el Estado, por acción u omisión, es una primera violencia o, por lo menos, resistencia, en cuanto que Yo usurpo o sustraigo una propiedad que es de otro, o una prestación debida al mismo. La violencia pedagógica o violencia ejercida contra la barbarie y la ignorancia, aparece realmente autónoma en primer plano y no como un resultado de otra violencia. Pero solamente debe ser protegida y hacerse valer (frente a aquella otra voluntad no desarrollada) la voluntad natural en sí misma, que violenta la Idea de la libertad. Esto quiere decir que, dada una existencia ética en la familia o en el Estado, contra la que ejerce violencia la voluntad natural, o dado que sólo exista un estado natural —de fuerza en general—, la Idea constituye en ambos casos un *Derecho de héroes*.

(1) Gewalt.

§ 94

El Derecho abstracto es *Derecho de Violencia*, porque lo Injusto contra aquél, es una violencia contra la *existencia* de mi libertad, en una cosa *externa*; la conservación de esa existencia frente a la violencia es, por eso mismo, como una acción externa y como una violencia que anula la primera.

Definir el Derecho abstracto o el Derecho riguroso, después de lo indicado, como Derecho al cual se puede constreñir, significa entenderlo en una consecuencia que sólo se manifiesta en la vía oblicua de lo Injusto.

§ 95

La primera violencia como poder ejercitado por el ser libre y que viola la existencia de la libertad en su significado concreto, el Derecho en cuanto Derecho, constituye el Delito; el juicio negativamente infinito en su pleno significado (ver *Lógica*, volumen II, página 99), por el cual se niega no sólo lo particular, la asunción de una cosa bajo mi voluntad (§ 85), sino, a la vez, lo universal, lo infinito en el predicho de mí, *la capacidad jurídica*, es decir, sin la intervención de mi opinión (como en el fraude § 88) y justamente contra ella; todo esto constituye la esfera del Derecho Penal.

El Derecho, cuya violación constituye el Delito, tiene hasta aquí, realmente, solamente los aspectos que hemos visto; en consecuencia, también el delito es principalmente el significado próximo que se refiere a estas determinaciones. Pero, en estas formas, la sustancia es lo universal, que en su desarrollo y aspecto ulterior permanece él mismo; y por eso, justamente, permanece igual su violación, es decir, el delito en conformidad de su concepto. El contenido particular, determinado posteriormente, por ejemplo, en el perjuicio, en los delitos de Estado, en la falsificación de moneda y letras de cambio, etcétera, considera, también, la determinación que se debe tener en cuenta en el siguiente parágrafo.

§ 96

Como voluntad existente, es como *únicamente* puede ser vulnerada; pero si su existencia se expresa en la esfera de una extensión cuantitativa, así como de determinaciones cua-

litativas, de la cual se distingue, entonces se establece justamente una diferencia para el aspecto objetivo del delito, si tal existencia y su determinación en general son violadas en toda su extensión (y por lo tanto en la infinitud igual a su concepto) o solamente en una parte, como por alguna determinación cualitativa.

La opinión estolca para la cual sólo hay una virtud y un vicio (1), la legislación draconiana que castiga cada delito con la muerte, así como la ignorancia del honor formal, que pone la personalidad infinita en cada violación, tiene de común que: permanecen firmes en el concepto abstracto de la voluntad libre y de la personalidad y no la toman en su concreta y determinada existencia, que aquélla debe tener como Idea.

La diferencia entre *rapiña* y *hurto* se refiere al elemento cualitativo, por el cual, en aquél el Yo es vulnerado como conciencia actual, en consecuencia, como *subjetiva* infinitud y contra mí se ejerce una fuerza personal.

Algunas determinaciones cualitativas, como el *peligro* para la *seguridad pública*, tienen su razón en las relaciones determinadas posteriormente, pero son muy a menudo entendidas sólo por el giro de las consecuencias, en vez del concepto de la cosa; como, precisamente, el delito más peligroso por sí en su naturaleza inmediata, es una más grave violación según la extensión o la cualidad. La cualidad *moral* subjetiva se refiere a una más elevada distinción: de qué manera un evento y un hecho en general es una acción y considera la misma naturaleza subjetiva de ella.

§ 97

La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el *anulamiento* de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración.

§ 98

La vulneración, solamente en la existencia externa o en la posesión, es un mal y un daño a cualquier género de pro-

pliedad o de bienes; la negación de la vulneración, en tanto es perjuicio, constituye la satisfacción civil como *resarcimiento*, en cuanto esto puede tener lugar, en general.

En este aspecto de la satisfacción, al ocasionarse la específica naturaleza cualitativa del daño, debe reintroducirse la cualidad *universal* de la misma, como *valor*, en cuanto el *perjuicio* es destrucción y daño irreparable.

§ 99

Empero, la vulneración con la cual es afectada la voluntad que es en sí (es decir, respecto a la voluntad de aquel que viola, así como a la del vulnerado y de los demás), no tiene *existencia* positiva en esa voluntad, que como tal es en sí, como tampoco en el simple producto. Por sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, a este respecto, inviolable. La vulneración, para la voluntad particular del ofendido y de los demás, es sólo algo negativo. La *existencia positiva de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente*. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el *restablecimiento del Derecho*.

En la ciencia jurídica positiva de los tiempos modernos, la teoría de la pena es una de las materias que peor se ha ahondado, puesto que en ella no es suficiente el intelecto, ya que se trata esencialmente del concepto.

Si el delito y su superación, como lo que ulteriormente se determina como pena, se considera en general sólo como *mal*, se puede, ciertamente, juzgar como irracional *querer un mal meramente porque ya existe otro mal*. [Klein (1).]

En las distintas teorías sobre la pena, ese carácter superficial de *mal* se presupone como el principal elemento: teoría de la prevención, de la intimidación, del escarmiento, de la corrección, etcétera, y lo que, por el contrario, debe resultar como *bien*, se determina justamente de un modo superficial.

Pero no se trata meramente ni de mal, ni de éste o aquel bien, sino claramente de lo Injusto y de la Justicia. Pero desde aquel

(1) Ernesto Fernando Klein (1743-1810), consejero secreto del Tribunal Supremo de Berlín.

superficial punto de vista, la consideración objetiva de la justicia, que es el punto primero y sustancial en el delito, es dejada de lado y, como consecuencia de ello, se hace lo esencial de la consideración moral y el aspecto subjetivo del delito, mezclado con triviales representaciones psicológicas sobre los estímulos y la intensidad de los resortes sensibles contra la razón, sobre la compulsión psicológica y la influencia sobre la representación (como si ese lado subjetivo no hubiese sido degradado de la libertad, a un algo solamente accidental).

Las diversas consideraciones que corresponden a la pena como apariencia y a su relación con la conciencia particular y que tienen en cuenta las consecuencias sobre la representación (intimidar, mejorar, etcétera), a su vez de modo particular, sólo respecto a la *modalidad de la pena*, son ciertamente de esencial consideración; pero presuponen la fundamentación de que el imponerla es justo en sí y por sí.

En esta discusión lo que interesa únicamente es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la *existencia* que tiene el delito, y qué se debe anular; aquélla es el verdadero mal que debe arrancarse y el punto esencial es dónde dicha existencia esté. En tanto que los conceptos sobre este punto no sean terminantemente reconocidos, debe dominar el desorden en la consideración de la pena.

§ 100

La vulneración que afecta al delincuente no es sólo justa en sí —como justa es, a la vez, su voluntad, que es en sí y la existencia de su libertad, el Derecho—, sino que también es un *Derecho impuesto en el delincuente* mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. Porque en su acción, como acción de un ente *racional*, está implícito un *universal*: el que por medio de ella esté instituída una ley, a la que el delincuente ha reconocido por sí, y bajo la cual puede ser asumido, como bajo su *Derecho*.

Beccaria (1) ha negado públicamente al Estado el derecho a aplicar la pena de muerte, en razón de que no puede suponerse que en el Contrato Social esté contenido el consenso de los indivi-

(1) Autor de la famosa obra *De los delitos y de las penas*, editada en Lión, en 1764.

duos para dejarse matar; antes bien, debe presumirse lo contrario. Sólo que el Estado no es un contrato (v. § 75), ni su esencia sustancial en la *defensa y garantía* de la vida y de la propiedad de los individuos como personas, en forma incondicional; más bien, es lo más elevado que, también, pretende esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de las mismas.

Por otra parte, no es únicamente el *concepto del delito*, su racionalidad en sí y por sí, con o sin el consenso de los individuos, lo que el Estado debe hacer válido, sino la racionalidad formal, el *querer del individuo*, que está implícito en la *acción* del delincuente.

Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección.

Por otra parte, respecto al modo de existencia de la justicia y la forma que *como pena* tiene en el Estado, no es la forma única y el Estado no es el presupuesto que condiciona la justicia en sí.

§ 101

La superación del delito es el *castigo*, pues según el concepto *es la vulneración de la vulneración* y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia. Empero, esa identidad que se funda sobre el concepto no es la *igualdad* en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma.

Puesto que en la ciencia usual la definición de una determinación, aquí de la pena, debe ser tomada de la *concepción general* de la experiencia psicológica de la *conciencia*, ésta demostraría, ciertamente, que el sentimiento universal de los pueblos y de los individuos sobre el delito es y ha sido que: *debe ser penado* y que *al delincuente le debe acaecer lo mismo que él ha efectuado*. No se alcanza a comprender cómo nunca estas ciencias, que tienen la fuente de sus determinaciones en la *concepción general*, admitan de ella, una vez más, principios contradictorios al *hecho general* de la conciencia.

Empero, una dificultad capital ha sido introducida por la de-

justicia de las determinaciones de la pena, según su naturaleza cualitativa y cuantitativa es, en cuanto sustancia de la cosa misma, algo posterior.

Cuando se debieran procurar, también para esta determinación ulterior, principios diversos que para lo universal de la pena, no se ha establecido nada distinto. Pero el concepto mismo debe, en general, contener también el principio fundamental para lo particular. Empero, esta determinación del concepto es, precisamente, aquella conexión de la necesidad, por la cual el delito como voluntad nula en sí contiene en sí mismo su superación, que aparece como pena. Es la *identidad* interior que se refleja para el intelecto, como *igualdad* en la existencia exterior.

La naturaleza cualitativa y cuantitativa del delito y la de la superación del mismo están comprendidas ahora en la esfera de la exterioridad en la que, por otra parte, no es posible ninguna determinación absoluta (§ 19). En el *ámbito de la finitud*, esa determinación de igualdad permanece sólo como una exigencia que el intelecto debe siempre limitar más, lo cual es de la mayor importancia, pero que, sin embargo, avanza hacia el infinito y sólo permite una *perenne aproximación*.

Si no se descuida, solamente, esta naturaleza de la finitud, sino que se detiene además en la abstracta *igualdad específica*, nace no sólo una dificultad insuperable para determinar la pena (especialmente si la Psicología alega la grandeza de los impulsos sensitivos y de la fuerza ligada a ellos, o de cualquier otra manera; o bien, aquella tanto más fuerte, de la mala voluntad, o la tanto más tenue fuerza y libertad de la voluntad en general), sino que es fácil demostrar el trueque de la pena como un absurdo (hurto por hurto, rapiña por rapiña, ojo por ojo, diente por diente, y en el cual se puede representar al que obra como tuerto o desdentado), cosa que no importa al concepto, pero de la cual viene a ser deudor dicha igualdad específica citada.

El *valor como igualdad interna* de las cosas, que en su existencia específica son completamente distintas, es una determinación que ya se presenta en los contratos, igualmente que en las acciones civiles frente al delito (§ 95), cuya representación es elevada a lo universal, superando la naturaleza inmediata de la cosa. En el delito, como aquello en lo cual lo *infinito* del hecho es la determinación fundamental, desaparece tanto más la especificación meramente exterior y la igualdad permanece sólo como norma fundamental para lo *esencial* que el delincuente ha merecido; pero no para el externo aspecto específico del castigo.

Según ese aspecto externo, el hurto, la rapiña, la multa y la

justicia de las determinaciones de la pena, según su naturaleza cualitativa y cuantitativa es, en cuanto sustancia de la cosa misma, algo posterior.

Cuando se debieran procurar, también para esta determinación ulterior, principios diversos que para lo universal de la pena, no se ha establecido nada distinto. Pero el concepto mismo debe, en general, contener también el principio fundamental para lo particular. Empero, esta determinación del concepto es, precisamente, aquella conexión de la necesidad, por la cual el delito como voluntad nula en sí contiene en sí mismo su superación, que aparece como pena. Es la *identidad* interior que se refleja para el intelecto, como *igualdad* en la existencia exterior.

La naturaleza cualitativa y cuantitativa del delito y la de la superación del mismo están comprendidas ahora en la esfera de la exterioridad en la que, por otra parte, no es posible ninguna determinación absoluta (§ 19). En el *ámbito de la finitud*, esa determinación de igualdad permanece sólo como una exigencia que el intelecto debe siempre limitar más, lo cual es de la mayor importancia, pero que, sin embargo, avanza hacia el infinito y sólo permite una perenne *aproximación*.

Si no se descuida, solamente, esta naturaleza de la finitud, sino que se detiene además en la abstracta *igualdad específica*, nace no sólo una dificultad insuperable para determinar la pena (especialmente si la Psicología alega la grandeza de los impulsos sensitivos y de la *fuerza* ligada a ellos, o de cualquier otra manera; o bien, aquella tanto más fuerte, de la mala voluntad, o la tanto más tenue fuerza y libertad de la voluntad en general), sino que es fácil demostrar el trueque de la pena como un absurdo (hurto por hurto, rapiña por rapiña, ojo por ojo, diente por diente, y en el cual se puede representar al que obra como tuerto o desdentado), cosa que no importa al concepto, pero de la cual viene a ser deudor dicha igualdad específica citada.

El *valor como igualdad interna* de las cosas, que en su existencia específica son completamente distintas, es una determinación que ya se presenta en los contratos, igualmente que en las acciones civiles frente al delito (§ 95), cuya representación es elevada a lo universal, superando la naturaleza inmediata de la cosa. En el delito, como aquello en lo cual lo *infinito* del hecho es la determinación fundamental, desaparece tanto más la especificación meramente exterior y la igualdad permanece sólo como norma fundamental para lo *esencial* que el delincuente ha merecido; pero no para el externo aspecto específico del castigo.

Según ese aspecto externo, el hurto, la rapiña, la multa y la

pena de cárcel, etcétera, son meramente cosas *heterogéneas*; pero según su valor, su carácter general de ser vulneraciones, son cosas *comparables*. Conciérne al intelecto, como se ha notado, el buscar la aproximación a la igualdad de estos respectivos valores. Si no se comprende la conexión existente en sí, entre el delito y su superación, y el concepto del valor y de la posibilidad de comparar a entrambos según el valor, puede acontecer que (Klein: *Grunds, des peinl. Rechts.*, § 9) en una pena apropiada se vea solamente un vínculo arbitrario de un mal con un acto ilícito.

§ 102

La superación del delito en la esfera del Derecho Abstracto es principalmente *venganza*, justa, según el *contenido* en cuanto es *castigo* o *coacción*. Pero según la forma es la acción de una voluntad *subjetiva* que puede poner en cada vulneración acaecida su infinitud y cuya justicia es, en general, accidental; como, asimismo, *para los demás* ella es sólo en cuanto *particular*.

La venganza, por el hecho de que es una *acción positiva* de una voluntad *particular*, *viene a ser una nueva vulneración*, incorporándose como tal contradicción en el progreso al infinito y pasa en herencia, de generación en generación, ilimitadamente.

Donde los delitos son perseguidos y castigados, no como "crimina publica" sino "privata" (como entre los Judíos y los Romanos, el hurto y la rapiña, y ahora entre los Ingleses en ciertos casos, etcétera), la pena tiene todavía algo de venganza. De la venganza privada es distinto el ejercicio o práctica de la venganza de los héroes, los caballeros andantes, etcétera, que se introducen en el origen de los Estados.

§ 103

La exigencia de que sea resuelta la contradicción, que es aquí como superación de lo Injusto, consiste en la exigencia de una *Justicia* emancipada del interés y del aspecto *subjetivo*, como de la *accidentalidad del poder*; una justicia no *vindicativa*, sino *punitiva*. Aquí se da, sobre todo, la exigencia de una voluntad, que como voluntad particular y

subjetiva quiere lo universal en cuanto a tal. Este concepto de la *Moralidad* no es, empero, solamente alguna cosa exigida, sino que es el resultado de ese mismo proceso.

TRANSITO DEL DERECHO A LA MORALIDAD

§ 104

El delito y la justicia vindicativa presentan la forma del proceso de la voluntad en cuanto superado en la diferencia de lo *universal en sí* y de lo *individual que es por sí* frente a aquélla y por lo cual la voluntad que es en sí, con la superación de la síntesis, retorna a sí, llegando a ser voluntad *real y por sí*. De esta manera el Derecho es confirmado y *tiene valor* frente a la voluntad singular que es meramente por sí, en cuanto aquél es *real* por necesidad. Al mismo tiempo esta configuración es, precisamente, la progresiva e interna determinación conceptual de la voluntad. Según el concepto, la realización en sí misma de la voluntad es superar el ser en sí y la forma de la contigüidad, en la que primeramente existe y la posee como forma, en el Derecho Abstracto (§ 21); en consecuencia, ponerse en la antítesis de la voluntad universal que es en sí y de la individual que es por sí, y luego mediante la superación de esta oposición, por la negación de la negación, determinarse a sí misma como voluntad en la propia existencia, para la que no es sólo voluntad libre en sí, sino por sí misma, en cuanto negación que se refiere a sí misma.

De este modo, la voluntad tiene, ahora, a su personalidad como objeto propio, lo mismo que la voluntad que sólo es tal en el Derecho Abstracto; la *subjetividad de la libertad*, por sí infinita, constituye el principio del punto de vista de la *Moralidad*.

Si consideramos más de cerca los momentos por los cuales el concepto de la libertad se perfecciona a través de la determinación primeramente abstracta de la voluntad, hacia la que se refiere de sí a sí, esto es, a la *autodeterminación de la subjetividad*, verificamos que ella constituye en la propiedad lo *mío abstracto*, y es, por lo tanto, una cosa externa; así, en el contrato es lo *mío*, *mediatizado* por la

voluntad y solamente *común*; en lo Injusto es la voluntad de la esfera jurídica y su ser abstracto en sí o en su contingüidad, como *contingencia* puesta por medio de la voluntad individual, también accidental. Desde el punto de vista moral es superada de manera que esta contingencia misma, en cuanto reflejada *en sí e idéntica a sí*, es la infinita accidentalidad en sí de la voluntad: *su subjetividad*.

