

Heiko H. Lesch

Privatdozent por la Universidad de Bonn



Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial DYKINSON, S. L.



LA FUNCIÓN DE LA PENA

Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn

© Copyright by
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
(traducción)
Madrid, 1999

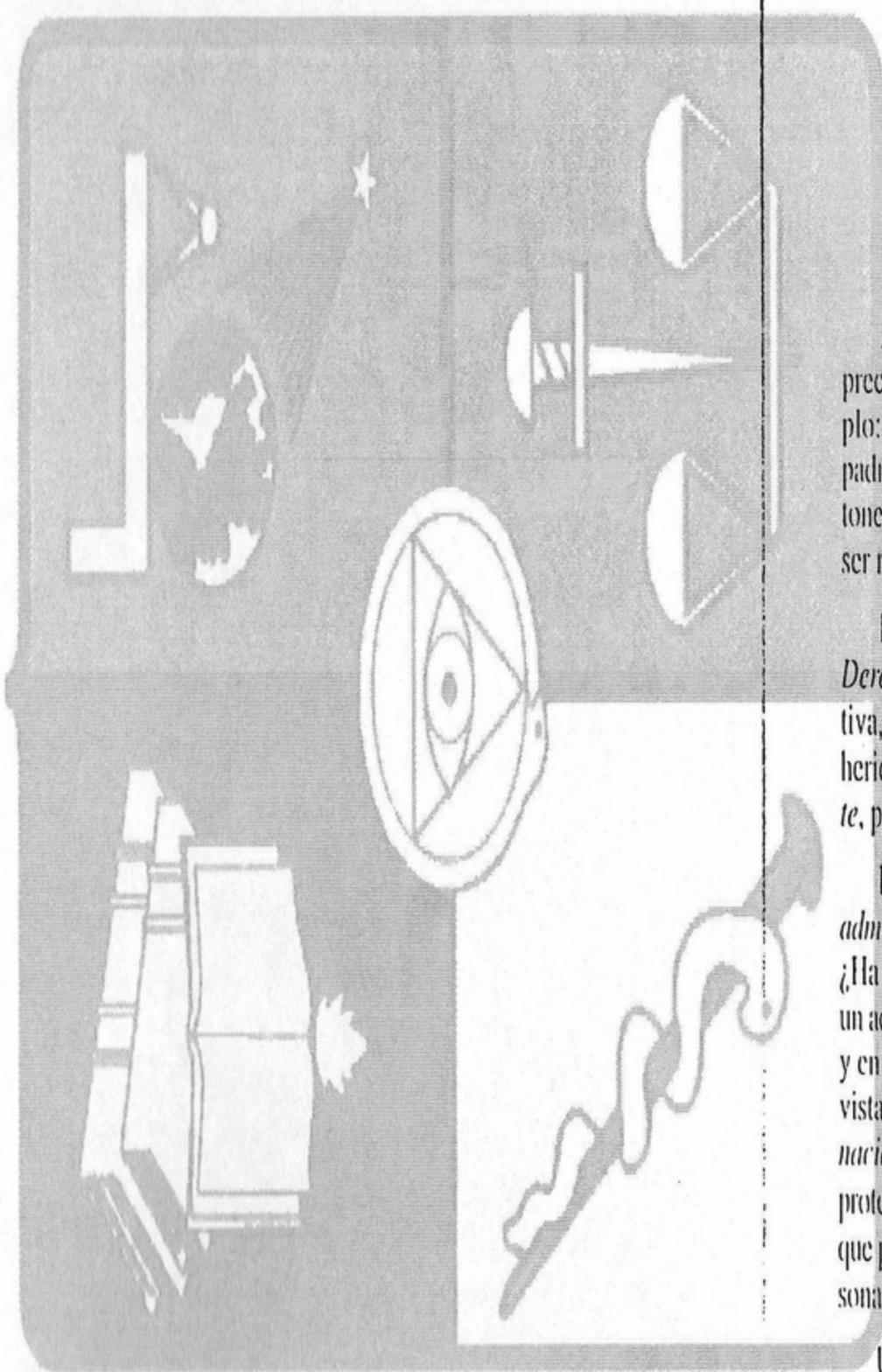
Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Apto. 8269. Teléfonos 915 44 28 46 - 915 44 28 69
E-mail: dykinson@centrocom.es
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 84-8155-439-1
Depósito Legal: M-4625-1999

Fotocomposición: SAFEKAT, S.L.
Belmonte de Tajo, 55 - 28019 Madrid

Imprime: JACARYAN, S.A.
Avda. Pedro Díez, 3 - 28019 Madrid

DYKINSON, 1999



I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar la exposición del tema es necesario aclarar con precisión qué se quiere decir cuando se habla de la «pena». Un ejemplo: El conductor C, de veinte años de edad, recoge el coche a sus padres del taller y, a causa de un descuido, atropella en un paso de peatones al peatón P que resulta herido. ¿Qué cuestiones jurídicas pueden ser relacionadas con este caso?

En primer término es posible llevar a efecto una investigación de *Derecho civil*: ¿Debe C indemnizar a P y, en caso de respuesta afirmativa, con qué cantidad? Se trata pues en este caso del resarcimiento del herido, de la compensación material por el *mal palpable empíricamente*, por la *lesión externa* de la víctima.

Por otra parte también se podría realizar una valoración del *Derecho administrativo*, del Derecho de orden público, y en este caso preguntar: ¿Ha demostrado C mediante su comportamiento —puesto que produjo un accidente— que no es apto para la conducción de vehículos de motor?, y en su caso, ¿debe retirársele el permiso de conducción? Este punto de vista del Derecho administrativo sancionador tiene como meta la *eliminación preventiva de una fuente de peligros*, a saber, tiene como meta la protección de los otros participantes en el tráfico rodado, de los peligros que puedan derivarse de la conducción de vehículos por parte de una persona que ya ha demostrado que no es completamente apto para ello.

Una regulación del Derecho de orden público que persigue la defensa ante peligros como los mencionados no se encuentra tan sólo en las correspondientes normas de Derecho administrativo sancionador, sino que también se halla en el Código penal, por ejemplo en los arts. 95 y ss., de la misma manera que sucede en el StGB (Código penal alemán) en los §§ 61 y ss. Según esto, el juez puede imponer para la protección de la gene-

realidad las denominadas medidas de seguridad (en Alemania: «Maßregeln der Besserung und Sicherung»). Así por ejemplo, a un enfermo mental peligroso se le interna en un centro de tratamiento psiquiátrico, a un médico no apto se le prohíbe el ejercicio de la profesión, con el fin de proteger a los pacientes, a un conductor no apto —como ya se mencionó— se le retira el permiso de conducción, o, en Alemania, a un delincuente habitual peligroso se le «retira de la circulación» mediante una custodia de seguridad. Existen varios motivos por los que tales medidas que en realidad son de orden público se encuentran yuxtapuestas al Derecho penal y con ello reguladas por ejemplo en los códigos penales español y alemán. En especial se trata de motivos de economía procesal. Por otra parte, se ahorra a la víctima, además del proceso penal, tener que verse envuelto después en otro procedimiento administrativo. Por último, el juez penal, puesto que ya ha conocido a través del proceso penal de modo especialmente intenso al autor así como su personalidad, se encuentra en mejores condiciones de poder juzgarlo que un funcionario de la Administración. De todas formas, conviene no olvidar, que el juez que aplica una medida de seguridad (o una «Maßregel der Besserung und Sicherung» alemana) actúa quasi como representante del poder ejecutivo¹, aunque el art. 152 2. del CP. llame de forma —en su contenido— absolutamente errónea «pena» a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Volvamos de nuevo al caso antes planteado. Junto a la investigación civil y a la del Derecho de orden público, queda una investigación jurídicopenal²: ¿Es punible C, y en su caso, de qué modo? Supongamos que C es condenado por el juez como autor de una falta de lesiones del art. 617 CP (o del § 229 StGB) a una multa de sesenta días. C ya ha sido condenado en el procedimiento civil a pagar una indemnización —ésta debe ser satisfecha con independencia de los sesenta días multa—, indemnización que —a modo de saldo— no supone un mal, sino una compensación a la víctima por el mal causado. La pena, en cambio, no compensa el mal de la víctima, sino que, al menos *prima facie*, produce un nuevo mal: La pena es pues lo contrario de la indemnización compensatoria civil, es la ordenación querida de un mal³.

¹ Con lo dicho no pretende discutirse que las medidas de seguridad también posean un efecto represivo, de estabilización de la norma; cfr. al respecto, más detallado, Jakobs, AT, 1155 ss.

² Sobre la delimitación entre el Derecho civil y el penal, véase Hirsch, FS Engisch, p. 304; el mismo, ZStW 102 (1990), p. 540 ss.

³ Hobbes, Leviathan, p. 237; Feuerbach, Revision, p. 45 ss.; Birkmeyer, Was läßt von Liszt vom Strafrecht übrig?, p. 5; Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, p. 136; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, p. 206; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, p. 14 s., 30, 33 s.; Hoerster, GA 1970, p. 272; Köhler, Der Begriff der Strafe, p. 15 ss.; Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, p. 20; Jakobs, AT, 112 y 3.

¿Pero hubiera sido C penado, si se hubiese comportado de forma absolutamente correcta, esto es, si hubiese cumplido con todos los deberes que se le imponían como conductor de un vehículo de motor, siendo así que no pudo parar la marcha del automóvil por un repentino fallo de los frenos que no era previsible? Por supuesto que no, porque lo que convierte en pena a un «mal querido» es, en primer lugar, que esté relacionado con un delito⁴. En palabras de Hugo Grotius: «Est autem poena generali significato malum passionis, quod infligitur propter malum actionis.»⁵ La pena es, en su sentido amplio, un mal que se tiene que soportar porque a su vez se creó un mal. De esto, lo que seguro que es cierto, es que mediante la pena se causa un mal como reacción a la lesión de una regla jurídica⁶. El punto de vista jurídicopenal es pues primeramente —como el civil y a diferencia del Derecho de orden público— es, como digo, un punto de vista retrospectivo y no prospectivo.

¿Hubiera podido C ser penado, si el fallo de los frenos hubiese sido por culpa del taller, por ejemplo de un mecánico que hubiese olvidado tras repararlos echar de nuevo líquido de frenos? Seguro que no, puesto que entonces en efecto habría habido una transgresión de las reglas, pero ésta se encuentra en el ámbito de responsabilidad del taller y no en el de C. La pena requiere pues una transgresión que se pueda imputar a modo de reproche al autor.

¿Qué hubiera pasado si C se hubiese lesionado él mismo en el accidente, v. gr. si se hubiese roto una pierna? ¿Podría exonerarse de su responsabilidad alegando ante el juez que él ya ha recibido con ello una pena? No, puesto que lo que él ha sufrido es una *poena naturalis*, una «pena»⁷ natural que se padece como consecuencia del hecho punible. Esta *poena naturalis* no es, empero, un mal querido y por ello queda excluido desde el primer momento como pena estatal⁸.

¿Podría C alegar por ejemplo, que sus padres ya le han castigado? ¿Podría esto exonerarle? No, pues la pena —que estamos tratando

⁴ Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, p. 30; Otto, ZStW 87 (1975), p. 539.

⁵ Hugo Grotius, De iure belli ac pacis, libri tres, Lib. III, Cap. XX, l. Poenae definitio et origo (p. 462).

⁶ Köhler, Der Begriff der Strafe, p. 17; Kindhäuser, GA 1989, p. 498.

⁷ Cfr. Kant, Die Metaphysik der Sitten, B 226.

⁸ Véase en este sentido ya, Hobbes, Leviathan, p. 238. De todas formas, el Derecho alemán puede tener en cuenta —si bien limitadamente— la concurrencia de una *poena naturalis*: En caso de que el autor no haya de cumplir más de un año de privación de libertad, el tribunal puede no aplicar la pena impuesta «si las consecuencias del hecho punible que han afectado al autor son tan duras que la imposición de una pena resulta a todas luces inadecuada» (§ 60 StGB).

aquí— es una pena pública, una pena estatal⁹. ¿Podría por tanto exonerar a C que un policía que acudió al accidente perdió los nervios y le abofeteó? ¿Supone esto ya una pena, porque el policía ha actuado como representante del Estado, como portador de la autoridad pública? No, puesto que la pena tiene que ser impuesta mediante un procedimiento determinado, formal y con garantías de neutralidad¹⁰.

Resumiendo, se puede decir que la pena es un mal, que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche.

Con esto hemos llegado al punto central de nuestro tema. Si ya se han extraído del caso las consecuencias civiles y las del Derecho de orden público, en nuestro caso por ejemplo, C ha pagado a P una indemnización y además se le ha retirado el permiso de conducción, con lo cual podría parecer que «está ya todo solucionado» —al fin y al cabo el mal que se le causó a P ya ha sido compensado y los peligros que pudieran derivarse de C como conductor de vehículos de motor ya han sido conjurados—: ¿Qué sentido y finalidad tiene pues que la comunidad, representada por el Estado, cause a C además un mal querido? Pues si bien es cierto que la transgresión de las reglas constituye un mal, ¿no lo es menos que —en contra de las palabras anteriormente citadas de Hugo Grotius y en palabras de Hegel— «un mal tiene que ser considerado como irracional sólo porque se quiera, porque ya se produjo otro mal»?¹¹

Por lo que respecta a la función de la pena, se suele distinguir entre teorías absolutas de la pena y teorías relativas¹². En la terminología

⁹ Así también ya, Hobbes, *Leviathan*, p. 237, 239; y en sentido parecido asimismo por ejemplo, Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, p. 5.

¹⁰ Véase especialmente Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (en adelante citado: *Rechtsphilosophie*), § 102 y anotación; además, ya, Hobbes, *Leviathan*, p. 238: «Un mal impuesto por la autoridad pública, sin un procedimiento previo público no puede ser considerado como una pena, sino como un acto de hostilidad, puesto que la acción por la que se impone una pena a alguien tiene que haber sido en primer lugar declarada por la autoridad pública como un quebrantamiento de la ley (...). El mal que impone un juez que se ha arrogado competencias que no le correspondían y que no ha sido autorizado por el soberano, no es pena, sino un acto de hostilidad, puesto que las actuaciones que se han arrogado competencias que no les corresponden no convierten a la persona en autor y por ello no son actuaciones del poder público.»

¹¹ Hegel, *Rechtsphilosophie*, § 99/anotación.

¹² Cfr. de la literatura antigua Binding, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* IV (1877), p. 420 ss.; *el mismo*, *Grundriss zur Vorlesung über Gemeines Deutsches Strafrecht*, p. 88 ss.; de la literatura científica moderna véase Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, p. 16 ss.; Neumann/Schroth, *Kriminalität und Strafe*,

usual la concepción de las teorías relativas se reduce hoy día al concepto de teoría preventiva y se identifican con el programa «punitur ne peccetur»¹³, mientras que la concepción de las teorías absolutas¹⁴ permanece unida al principio de la compensación de la culpabilidad —«punitur, quia peccatur est»—. Por ello es de todo punto acertado cuando se habla de «la antítesis de un Derecho penal represivo y uno preventivo»¹⁵. En todo caso —este es el sentido que habitualmente se concede a esta diferenciación en grandes líneas— se otorga a las teorías absolutas una orientación meramente «allende-de-lo-trascendental», y en cambio, por su parte a las relativas —a ellas en exclusiva— «aquende-de-lo-social»¹⁶.

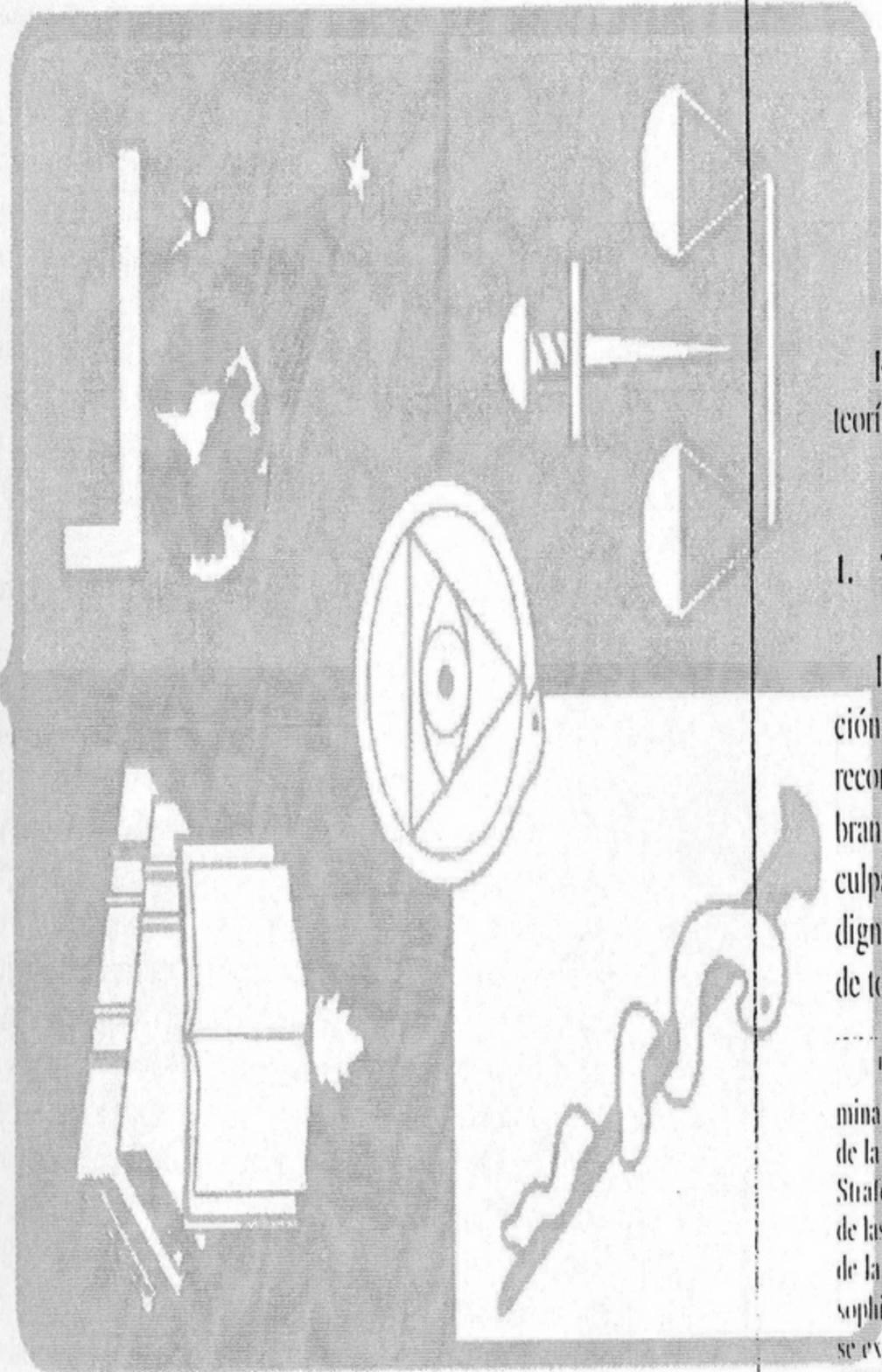
p. 4 s.; Hassemer, *Einführung*, p. 282 s.; *el mismo*, en: *Alternativ-Kommentar* (en lo sucesivo AK), previo al § 1, número marginal 409 ss.; Bock, *JuS* 1994, p. 90.

¹³ Cfr. por ejemplo, Neumann/Schroth, *Kriminalität und Strafe*, p. 19 ss.; Roxin, *ZStW* 96 (1984), p. 644 s.; Hassemer, *Einführung*, p. 234, 282; AK-Hassemer, previo al § 1, número marginal 415; Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 12; Jescheck, *AT*, p. 63; *el mismo*, en L.K., *Introducción*, número marginal 30; Stratenwerth, *AT*, número marginal 17; Baurmann en: *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, p. 118 ss.; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, p. 22; Bock, *JuS* 1994, p. 90; Gössel, *FS Pfeiffer*, p. 13, 16. Un punto de vista diferenciador se puede encontrar en Bauer, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurteilung aller Strafrechtstheorien*, p. 300 ss.: «Las teorías relativas consideran la pena como medio para una finalidad jurídica que ha de ser impulsada. Esta finalidad, que ante todo consiste en el mantenimiento del ordenamiento jurídico (por ello se trata también de una pena pragmática), se puede referir o bien a lesiones del ordenamiento jurídico pasadas o a (posibles) futuras, y con ello dirigirse a la retribución en las primeras, o bien a la prevención en las últimas. Según esta diferenciación, las teorías relativas se dividen en teorías de la retribución y teorías de la prevención. Las teorías de la retribución (...) centran la finalidad [de la pena] en la superación del daño ideal causado mediante la violación del Derecho a la realidad jurídica.»

¹⁴ Sobre la definición de las teorías absolutas véase por ejemplo Gössel, *FS Pfeiffer*, p. 14: «Las teorías absolutas se caracterizan porque ellas no otorgan a la sanción jurídica penal ningún tipo de finalidad, incluso rechazan expresamente la posibilidad de tales finalidades: consideran la pena en sentido literal como desprendida de toda finalidad, absolutus a finibus.»

¹⁵ Cfr. Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 8; AK-Hassemer, previo al § 1, número marginal 411, 415; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, p. 16 s.; Bock, *JuS* 1994, p. 90. Véase además Lersch, *Sukzessive Beihilfe*, p. 232 ss.

¹⁶ Así por ejemplo Neumann/Schroth, *Kriminalität und Strafe*, p. 5; Hassemer, *Einführung*, p. 282 ss.; Roxin, *AT*, 3/2; Baurmann, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 118 ss., 122; Klug en: *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, p. 275 ss.; Hoerster, *ARSP* 58 (1972), p. 555.



II. TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

Respecto a las teorías absolutas de la pena, se diferencia entre la teoría de la expiación y la de la retribución¹⁷.

1. Teoría de la expiación

La pena como expiación — a diferencia de la pena como retribución — no es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado, en definitiva, con la comunidad¹⁸. Con la expiación moral «el culpable se libera de su culpa, alcanza de nuevo la plena posesión de su dignidad personal»¹⁹. Expiación en este sentido, sólo puede tener éxito de todas formas allí donde el culpable preste su libre arrepentimiento,

¹⁷ Cfr. *Schmidhäuser*, *Vom Sinn der Strafe*, p. 40 ss.; *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 11 ss., diferencian además entre teorías de la retribución y de la justicia; esto es a mi juicio innecesario (así, ya, *Schmidhäuser*, *Vom Sinn der Strafe*, p. 40), puesto que tanto para *Kant* como para *Hegel* — máximos exponentes de las teorías de la retribución — retribución significa en definitiva el establecimiento de la justicia, cfr. *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, B 226 s.; *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 90/ anotación. En ocasiones, la teoría de la expiación y la de la retribución se explican en la literatura científica unitariamente (así por ejemplo *Hoerster*, *GA* 1970, p. 272; *Roxin*, *AT*, 3/2; *Klug*, *Abschied von Kant und Hegel*, p. 275) e incluso mezcladas con la idea de la venganza (así por ejemplo *Ostendorf*, *ZRP* 1976, p. 282; en contra, acertado, *Jescheck*, *AT*, p. 59). *Gössel*, *FS Pfeiffer*, p. 14 ss., contraponen la teoría de la retribución a las teorías absolutas y cree — a mi juicio acertadamente — que la teoría de la retribución «en realidad debería ser encuadrada dentro de las teorías relativas».

¹⁸ Cfr. sobre esto *Noll*, *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 8; *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 16 ss.; *Roxin*, *AT*, 3/10; *Stratenwerth*, *AT*, número marginal 15.

¹⁹ Cfr. *Arthur Kaufmann*, *Das Schuldprinzip*, p. 201, 206 s.

un arrepentimiento que sea visto por la sociedad como redención de su culpa.

A esta teoría, sin embargo, se le pueden hacer reproches importantes. En primer lugar, puesto que la expiación se produce en lo más recóndito del fondo de la persona autónoma, aquélla dependerá tan sólo de la disposición psíquica de esa persona, la cual no puede ser obligada por el Estado mediante una pena. Frente a un autor que no muestre el más mínimo sentimiento de culpabilidad, fallaría por tanto de raíz la función de la pena²⁰. Además hay que tener en cuenta, que en la sociedad actual no se reconoce carácter exculpatorio a la expiación del delincuente sometido a pena. Precisamente mediante la pena de privación de libertad se cierra al autor el camino hacia la sociedad, más que abrirsele. A quien se impuso una pena, abandona la cárcel, a los ojos de la sociedad, no precisamente como una persona redimida. Una teoría de la expiación sólo puede ser defendida pues —si es que puede ser defendida— desde la base de una concepción metafísica²¹, lo que chocaría con problemas de legitimación insuperables en un Estado secularizado y neutral²². Por ello y con razón, hoy día no se tiene en cuenta la expiación como tarea principal de la pena.

2. Teoría de la retribución

También a la teoría de la retribución se le trata como una teoría que asigna a la pena su sentido fuera del campo de la realidad social. Según se dice, no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor ya de por sí, el que se ocasione un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el Derecho («poena absoluta est ab effectu»²³). Desde el punto de vista histórico —al menos en Alemania— destaca sobre todo la conformación que a esta teoría dieron los filósofos *Kant*²⁴ y *Hegel*, por lo que me limitaré a la exposición de ambos puntos de vista.

²⁰ *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, p. 46; *Köhler*, Der Begriff der Strafe, p. 61.

²¹ *Neumann/Schroth*, Kriminalität und Strafe, p. 18.

²² En este punto, acertadamente, *Ostendorf*, ZRP 1976, p. 282.

²³ Así la descripción de *Neumann/Schroth*, Kriminalität und Strafe, p. 11; *Hassemer*, Einführung, p. 282 ss.; *AK-Hassemer*, previo al § 1, número marginal 411; *Roxin*, AT, 3/2; el mismo, JuS 1966, p. 377; *Hart*, Recht und Moral, p. 65 ss.; *Hoexter*, GA 1970, p. 272; *Baummann*, Strafe im Rechtsstaat, p. 118 ss.; *LK-Jescheck*, Introducción, número marginal 29; *Mergen*, Die Wissenschaft vom Verbrechen, p. 221 s.

²⁴ Según *Hepp*, Kritische Darstellung, p. 22, fue *Kant* el primero que fundó las teorías absolutas. También *Güssel*, FS Pfeiffer, p. 14, califica la teoría kantiana como «absolutus a finibus».

a) La teoría de la pena de *Kant*

Empecemos en primer lugar con *Kant*, que fundamentó el principio «absoluto» de la pena de la siguiente manera²⁵:

«La pena judicial (...) no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros bienestar, ya sea para el delincuente, ya sea para la sociedad civil, sino que tiene que ser impuesta todas la veces solamente porque él ha delinquido; en efecto, el Hombre no puede ser usado nunca como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del Derecho de cosas, puesto que contra esto le protege el carácter de persona con el que ha nacido (...). Él debe haber sido encontrado punible con anterioridad a que se piense en extraer consecuencias útiles de la pena para él mismo o para sus conciudadanos.» Ya en un escrito anterior dice *Kant*: «El Hombre no es una cosa, y por tanto no es algo que pueda ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo.» «El imperativo práctico es por tanto el siguiente: Actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como mero instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin²⁶.»

Sin embargo, sería precipitado afirmar que la pena en *Kant* es un mero fin en sí²⁷, carente de toda función fuera de la asignada a ella misma. En efecto, si bien la pena sólo puede ser impuesta «porque se ha delinquido», «qui peccatum est», no es menos cierto que mediante la pena tiene que ser alcanzada la Justicia; el cometido de la pena consiste pues en la «satisfacción de la Justicia»²⁸, esto es, en cualquier caso —(retrospectivamente!— en el restablecimiento del orden perturbado por el hecho²⁹, que es, por cierto, un orden extraestatal, metafísico, sólo por medio de la razón práctica a priori accesible:

«Incluso aunque se deshiciese la sociedad civil por unanimidad de todos su miembros (por ejemplo que el pueblo que habita en una isla decidiese separarse y dispersarse por todo el mundo), habría que ejecutar primero al último de los asesinos que se encontrase todavía en prisión, para que todo el mundo supiese el valor que tienen sus hechos, y

²⁵ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, B 255 ss.

²⁶ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, p. 52.

²⁷ Así, empero, *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung, p. 411; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, p. 17.

²⁸ Cf. *Jakobs*, AT, 1/19; *AK-Hassemer*, previo al § 1, número marginal 411; *LK-Jescheck*, Introducción, número marginal 29.

²⁹ Por ello no es correcto, cuando *Neumann/Schroth*, Kriminalität und Strafe, p. 12 s., desplazan la finalidad penal kantiana al ámbito de lo trascendental, véase *Höffe*, Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe, p. 335 ss.

para que la culpa no aprisionara al pueblo que no ha exigido tal punibilidad: porque entonces se le podría considerar como partícipe en este daño público a la Justicia.» Y si «la Justicia se extingue, ya no tiene valor que el Hombre siga viviendo sobre la tierra».

Puesto que la razón siempre integra el comportamiento moral conforme a las leyes, la unión de la acción moralmente mala y de la continuación o la obtención de la felicidad, sólo puede ser vista como una contradicción del orden racional de toda acción y como destrucción de tal orden³⁰. Este orden, como estado ideal y quasi estáticamente-acabado, estado que edifica el sentido de la Historia³¹, cuya unidad se ve lesionada por el comportamiento contrario a la legalidad, tiene que ser restituido, empero, incondicional e indefectiblemente a causa de la razón. La pena, entendida como el resultado mediato e incondicional de toda acción contraria a la ley práctica, no es otra cosa que el restablecimiento de aquel orden, esto es, el resultado racionalmente necesario a la transgresión de la ley (qui peccatum est)³². El injusto, ya concluido en la realidad y por tanto no susceptible de ser impedido mediante coacción (preventiva)³³ contiene pues una función atendiendo al estado jurídico ideal, en tanto el injusto daña este estado en su exactitud ideal y con ello marca en definitiva la perturbación que ha de ser eliminada mediante la pena.

De todas formas, la eliminación de esa perturbación —lo mismo que en la teoría de Hegel— no es igual a la eventual restitución real de las relaciones jurídicas originarias, por ejemplo de las relaciones de posesión originarias tras un hurto³⁴. Pues en efecto, y por lo que afecta a la función de la pena, el verdadero substrato del delito no se configura *per se* mediante el menoscabo (material) de las esferas externas de libertad (o

³⁰ Kant, Obras completas, (Akademie-Ausgabe), tomo XXVII/2.1, p. 552: «Nuestra idea de Justicia exige que se conozca el valor moral de la acción. Se entiende como una gran contradicción, que se asocie por su naturaleza a una acción mala la impunidad y que se haga depender la punición solo de la casualidad; la razón unifica la dignidad a la felicidad, se ve al transgresor como al último indigno, al poder judicial se le requiere para que restituya la razón en virtud del poder que le han concedido las leyes, estableciendo un mal proporcionado frente a las leyes morales quebrantadas»; véase también Feuerbach, Revision, p. 25; el mismo, Ist Sicherung vor dem Verbrecher Zweck der Strafe und ist Strafrecht Präventionsrecht?, p. 15.

³¹ Véase sobre esto Oberer, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, p. 400. Cfr. también Gössel, FS Pfeiffer, p. 15.

³² Oberer, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, p. 402 s. En el mismo sentido —si bien referido a la pena moral y no a la civil—, Feuerbach, Revision, p. 8, 25 s.

³³ Véase sobre esto, Salomon, ZStW 33 (1912), p. 14.

³⁴ Oberer, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, p. 407.

de derechos o de bienes) del otro, sino que el delito se configura en primer lugar mediante la lesión (inmaterial) del orden moral racional —que se produce con la lesión de las citadas esferas—³⁵, con lo cual, la diferenciación que más tarde defendería Hegel entre injusto penal («lesión del Derecho como Derecho») e injusto civil (lesión del Derecho sólo como «existencia externa o posición») ya se percibe en el planteamiento de Kant³⁶. Sólo de esta forma se puede fundamentar la pena como coerción jurídica; en efecto, Kant caracteriza la coerción jurídica³⁷ exclusivamente como la facultad de impedir³⁸ el ilícito mediante el ejercicio de coerción, bien mediante prevención, o bien mediante restitución³⁹.

Por lo que respecta a la magnitud de la pena, Kant se inclina por el principio de la compensación en el mismo género, esto es, por el talión:

«¿Qué tipo y qué medida de la pena convierte la justicia pública en principio y medida indicativa? No otro que el principio de la igualdad (siendo fiel a la balanza de la justicia), de no tender más a un lado que al otro. Por tanto: el mal que sin culpa le inflijas a otro del pueblo, ese mismo mal te lo causas a ti mismo. Si le insultas, te insultas a ti mismo; si le hurtas, te hurtas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Tan sólo el derecho de resarcimiento —ius talionis— (...) puede determinar con exactitud la calidad y cantidad de la pena.»

b) La teoría de la pena de Hegel

La teoría de la pena de Hegel —al igual que la de Kant y a diferencia de las teorías relativas— se caracteriza por un contexto de inter-

³⁵ Cfr. también H. Mayer, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, p. 66 ss.

³⁶ Esta diferenciación estuvo muy difundida en Alemania en el siglo pasado, véase por ejemplo Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts; el mismo, Archiv des Criminalrechts 1849, p. 468 s.; Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft; Köstlin, System des deutschen Strafrechts I, § 2 s.; el mismo, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, p. 30 s.; Iulen, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts I.1, p. 40 s.; Hälschner, GS 21 (1869), p. 11 ss., 81 ss.; el mismo, Das gemeine deutsche Strafrecht I, p. 17 ss.; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, tomo I.1, p. 237 ss., especialmente p. 298 ss.; Nagler, Frank-FS I, p. 340. Exposición detallada por Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen I, p. 4 a 32. Véase además Seelmann, Anerkennungverlust und Selbstsubsumtion, p. 39 sobre una diferenciación parecida en la filosofía penal de la Ilustración.

³⁷ Cfr. sobre esto, Kant, Die Metaphysik der Sitten, B 35 ss.

³⁸ Salomon, ZStW 33 (1912), p. 14.

³⁹ Oberer, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, p. 406 s.; véase también en este sentido ya anteriormente, Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, p. 101 s.

cambio funcional entre delito y pena. Si es que se quiere que la pena retrospectiva («punitur quia peccatum est») sea algo más que una venganza primitiva, que un mero mal que se impone «porque ya se ha producido otro mal»⁴⁰, si se quiere en cambio que sea «en y para sí justa», se le debe otorgar una función que restituya el injusto acaecido. En este sentido *Hegel* diferencia entre la existencia y el concepto de delito (y su superación dialéctica)⁴¹: Si bien el delito se dirigiría en un plano contra una existencia jurídica externa⁴², esto es, contra una «existencia de mi libertad en su aspecto exterior»⁴³, «sobre la propiedad, sobre determinadas cosas, y sobre el cuerpo o las partes del mismo, sobre la vida»⁴⁴; además, en otro —decisivo— plano, se dirige sobre «la más alta determinación» de la libertad, por ejemplo la del «honor», sobre la «eticidad de la familia» o del «Estado»⁴⁵; —dicho de forma breve: el «delito (...) es siempre un ataque contra la existencia de la libertad»⁴⁶, aunque el delito tenga un «contenido más determinado, un contenido especial», por ejemplo en «el falso testimonio, en los delitos contra el Estado, falsificación de letras de cambio, de moneda etc.». «Pero lo sustancial en esas formas es lo universal»⁴⁷, esto es, el quebranto de la mencionada libertad y no sólo el aspecto exterior. Por ello el «delito [es] ante todo la lesión de la voluntad en sí misma»⁴⁸, esto es, «un injusto (...), mediante el cual se lesiona tanto la cosa en su cara externa y única, como lo que es en sí misma»⁴⁹.

La pena, a modo de defensa preventiva de la «lesión tan sólo de la existencia externa o de de la posesión», a modo de defensa del «daño a alguna de las formas de propiedad o patrimonio»⁵⁰, esto es, la pena para «garantizar esta existencia contra la violencia»⁵¹, esta pena, siempre

⁴⁰ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 99/ anotación.

⁴¹ Véase por ejemplo *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 101.

⁴² De esto se deducen las diferencias cuantitativas y cualitativas de los distintos delitos. Véase sobre esto *Iling*, Wannemann-Mitschrift, p. 68 s.; *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 96 y anotación; *Iling*, Hotho-Nachschrift, p. 301 s.; *Henrich*, Hegel, die Philosophie des Rechts, p. 85; además *Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, p. 89; *Kleszczewski*, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, p. 71.

⁴³ *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 94, 95.

⁴⁴ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 95/ anotación a mano.

⁴⁵ *Iling*, Hotho-Nachschrift, p. 300.

⁴⁶ *Iling*, Hotho-Nachschrift, p. 301 s.

⁴⁷ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 95/ anotación.

⁴⁸ *Hegel*, Rechtsphilosophie, nota a § 95/ anotación.

⁴⁹ *Henrich*, Hegel, Philosophie des Rechts, p. 85.

⁵⁰ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 98.

⁵¹ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 94.

llega demasiado tarde⁵²; «la superación de la lesión como un daño» sólo puede encontrarse en «la satisfacción civil a modo de restitución, si es que ésta todavía puede tener lugar»⁵³. Cuando se «aniquila algo externo», queda la restitución o compensación del Derecho civil consistente en «aniquilar de nuevo el aniquilamiento», de forma «que se me restablezca de nuevo mi posición anterior, mi propiedad»⁵⁴; pero el Derecho penal no puede en absoluto subsanar estas consecuencias externas⁵⁵: La pena no produce indemnización alguna —aparte de que hay gran número de quebrantamientos de la norma que se encuentran ya totalmente acabados antes de que pueda surgir un daño externo⁵⁶ y de que en gran número de delitos no existe una compensación civil *per se* —por ejemplo los anteriormente mencionados de «falso testimonio, delitos contra el Estado, falsificación de letras de cambio [y] de moneda»⁵⁷.

Así pues, según lo dicho, la función restitutiva de la pena sólo puede ser descrita en relación al concepto de delito no en su parte externa, esto es, no como «la producción de un mal, sino como la lesión del Derecho en cuanto Derecho», esto es, atendiendo a «que el delito (...) debe ser superado dialécticamente»⁵⁸. *Hegel* ve pues el injusto genuinamente penal en la «lesión del Derecho como Derecho», esto es, en la «voluntad particular del delincuente»⁵⁹, «que afirma el injusto»⁶⁰: «Todo delito (...) es imponer la voluntad particular frente a la general, pretendiendo que la voluntad particular tenga vigencia en su particularidad»⁶¹. En efecto, la «acción [que es en su contenido meramente] particular e irra-

⁵² Cfr. también *Luden*, Handbuch, p. 53; *Salomon*, ZStW 33 (1912), p. 14; *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, p. 263; *el mismo*, Das deutsche Strafrecht, p. 3; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, p. 264; *Oberer*, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, p. 406 s.; *Schwan*, VerwArch 70 (1979), p. 121; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, p. 213; *Krimpelmann*, FS Jescheck, p. 314; *Lesch*, Sukzessive Beihilfe, p. 233.

⁵³ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 98. Véase además sobre la diferenciación entre restitución civil y penal, *Bauer*, Die Warnungstheorie, p. 301 s.

⁵⁴ *Hegel*, Rechtsphilosophie, nota al § 98; cfr. también *Salomon*, ZStW 33 (1912), p. 14; *Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, p. 106.

⁵⁵ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, p. 215; *AK-Schild*, previo al § 13, número marginal 69; *Lesch*, Sukzessive Beihilfe, p. 233.

⁵⁶ *Jakobs*, AT, 119.

⁵⁷ *Luden*, Handbuch, p. 41.

⁵⁸ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 99/ anotación.

⁵⁹ Véase también *Hegel*, Rechtsphilosophie, nota al § 99: «El injusto debe ser superado; ¿dónde existe éste? ¿dónde puede encontrarse? Su lugar reside en la voluntad particular». Cfr. además *Henrich*, Hegel, Philosophie des Rechts, p. 86; *Köhler*, FS Lackner, p. 21.

⁶⁰ *Iling*, v. Griesheim-Nachschrift, p. 284.

⁶¹ *Gans*, Philosophische Schriften, p. 84.

«racional» lleva consigo puesto que es la acción de un ser racional la aparición de una conformación racional de la realidad⁶², es pues «en su forma» en todo caso «algo racional y general», esto es, «un principio o ley»⁶³, una ley con el contenido de «que estaría permitido lesionar a otro»⁶⁴. Cuando el delincuente por ejemplo mata, «declara como general, que está permitido matar»⁶⁵. Formulado de distinta manera: «El que es un asesino estatuye como ley que no hace falta respetar la vida. El declara lo general mediante su hecho; pero con ello declara su propia pena de muerte»⁶⁶.

Esta ley especial, que si bien es racional no según su contenido, pero sí atendiendo a su forma⁶⁷, esto es, que es una ley meramente formal y solo reconocida como tal por el propio autor⁶⁸, tiene un doble significado. Por una parte se trata del «modo positivo» de la retribución⁶⁹, de la justificación subjetiva, en definitiva, de la legitimación de la pena frente al delincuente mismo⁷⁰, legitimación que se basa en el principio del consentimiento⁷¹. En efecto, la pena se corresponde no sólo con la voluntad abstracta general del delincuente como persona racional⁷², esto es, con su voluntad como «parte de la voluntad racional objetiva», sino también con la voluntad especial concreta que se ha manifestado en el delito:

⁶² Zaczek, GA 1993, p. 383.

⁶³ Hegel, Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre § 20/aclaración, p. 244; el mismo, Rechtsphilosophie, § 100, p. 190; Illing, Wannemann-Mitschrift, p. 69; ibid., Homeyer-Mitschrift, p. 238; ibid., v. Griesheim-Nachschrift, p. 280.

⁶⁴ Illing, Homeyer-Mitschrift, p. 238. Véase además Michelet, Naturrecht, tomo I, p. 243.

⁶⁵ Illing, Wannemann-Mitschrift, p. 70.

⁶⁶ Illing, Hotho-Nachschrift, p. 318 s.

⁶⁷ Hegel, Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre § 20/aclaración, p. 244.

⁶⁸ Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, Heidelberg 1817, ed. Glockner (obras completas, Jubiläumsausgabe), § 414, p. 285; cfr. también Michelet, Naturrecht, p. 243.

⁶⁹ Hegel, Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre § 20, p. 244.

⁷⁰ Véase también Jakobs, GA 1996, p. 584.

⁷¹ Véase Hegel, Rechtsphilosophie, nota al § 100/anotación, p. 192: «Su consentimiento sí concurre, a saber, en su hecho». «Lo que Beccaria pide, a saber, que el Hombre tiene que dar su consentimiento para el castigo, es totalmente correcto, pero el delincuente lo otorga ya mediante su hecho. Así pues, de la naturaleza del delito y de la propia voluntad del delincuente, es por lo que la lesión que parte del delincuente es eliminada». Cfr. además Henrich, Hegel, Philosophie des Rechts, p. 87; Illing, Hotho-Nachschrift, p. 315; Michelet, Naturrecht, p. 244; Köstlin, Revision, p. 777.

⁷² Cfr. Illing, v. Griesheim-Nachschrift, p. 283: «En sí, la voluntad del delincuente es una voluntad general, que el Derecho se cumpla es también su voluntad.»

«La lesión que afecta al delincuente no es sólo justa en sí —puesto que es justa, es a la vez su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su Derecho—, sino que esa lesión es también Derecho en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. En efecto, en su acción, puesto que es acción de un ser racional, se encuentra implícito que es algo general, que mediante esa acción se formula una ley que él ha reconocido en ella para sí y bajo la cual por lo tanto puede ser él subsumido como bajo su Derecho»⁷³. «Lo mismo que él ha hecho, le debe suceder a él (...); es su voluntad, su ley. Aquello que ha hecho se convierte en su poder, enemigo suyo (...). Es su propio hecho, al que se le concede vigencia sobre él (...). Eso no era lo que él quería, pero su razón, su voluntad, lo ha hecho»⁷⁴.

En la acción del delincuente se encuentra implicada pues una «racionalidad formal», que viene determinada normativo-objetivamente —no de una forma subjetivo-psicológica!—⁷⁵, a modo de «Querer razonable del sujeto concreto», y por ello Hegel puede con perfecto derecho afirmar: «Puesto que la pena contiene su propio Derecho, se honra al delincuente como un ser racional»⁷⁶. «Cuando se vuelve a dañar al delincuente, se le está reconociendo como un ser racional, se está reconociendo su voluntad como ley»⁷⁷. «El animal, como tal, sólo realiza lo especial. El Hombre en cambio, haga lo que haga, siempre realiza lo general»⁷⁸. «La retribución se basa ante todo en la naturaleza racional del que realizó el injusto»⁷⁹. En otras palabras: «Siendo el actuante un ser racional, está implícito en su acción que ella es algo racional. Si robas a otro, ¡te estás robando a ti mismo! Si matas a alguien, ¡estás matando a todos y a ti mismo! La acción es una ley que tú promulgas y que precisamente por medio de tu actuar has reconocido en sí y para sí.⁸⁰ El actuante puede pues ser subsumido para sí bajo la misma forma de actuación que él ha promulgado»

⁷³ Hegel, Rechtsphilosophie, § 100; véase también Illing, Wannemann-Mitschrift, p. 69; Illing, v. Griesheim-Nachschrift, p. 289 s., 281; Henrich, Hegel, Philosophie des Rechts, p. 87; Michelet, Naturrecht, p. 243 s.

⁷⁴ Hegel, Rechtsphilosophie, nota al § 101, p. 195; allí también, nota al § 100, p. 191.

⁷⁵ Cfr. también Kant, Die Metaphysik der Sitten, B 232: «La pena es sufrida por alguien, no porque él la haya querido, sino porque ha querido la acción punible. En efecto, no existe pena cuando a uno le sucede, lo que él quiere, y es imposible querer ser penado.»

⁷⁶ Hegel, Rechtsphilosophie, § 100/anotación.

⁷⁷ Illing, Homeyer-Mitschrift, p. 238.

⁷⁸ Henrich, Hegel, Philosophie des Rechts, p. 87.

⁷⁹ Hegel, Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre § 20/aclaración, p. 244.

⁸⁰ Véase también Hegel, Enzyklopädie 1930 III, § 500, p. 310.

y, de esta manera, se reconstruye de nuevo la igualdad que él a lesionado: ius talionis⁸¹.»

El autor no es pues degradado a causa de sus impulsos, no es convertido en animal, degradado a mera Naturaleza, sino que se le toma en serio y se le trata como una persona racional: Quien reclama para sí un ámbito de libertad (un círculo de organización), asume con ello a la vez la responsabilidad por las consecuencias que traiga consigo ese ámbito que se administra de manera propia y cerrada a los demás, esto es, existe una relación sinalagmática entre la administración propia y la responsabilidad personal, entre libertad y culpabilidad jurídico-penal⁸², puesto que libertad sin responsabilidad no es realmente verdadera libertad personal, sino mero arbitrio subjetivo. Quien pone en duda esa relación sinalagmática se comporta de forma contradictoria y no racional.

De todas formas, según lo dicho, la pena se encuentra legitimada simplemente de una forma subjetivo-formal, es decir, frente al delincuente mismo, pero no se encuentra todavía fundamentada como racional-objetiva, como «en sí misma justa» y de esta manera fundamentada de forma idéntica⁸³ con su «voluntad existente en sí». Así pues, junto a la retribución «positiva» que acabamos de ver, a Hegel le importa también una «forma negativa» de retribución, es decir, una justificación objetiva de la pena, la «negación de la negación»⁸⁴, la abstracta «lesión de la lesión», la «superación del delito»⁸⁵, esto es, la eliminación interior del delito en su existencia positiva, externa⁸⁶. La pena es, en sí, en su mera existencia externa, como realidad empírica y por tanto mera coacción frente a la libertad, un mal al igual que el delito mismo. Sólo cuando el delito y la pena se interrelacionan conceptualmente, cuando se entienden a modo de «discurso y réplica»⁸⁷, y de esta manera se sitúan en un mismo contexto interno y funcional, se puede hablar de una pena verdadera, en y para sí justa, esto es, idéntica al Derecho como objetivamente racional⁸⁸. Todo delito contiene — como ya vimos — «la voluntad particular frente a la general, pretendiendo que la voluntad par-

⁸¹ Hegel, Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts-, Pflichten und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre § 20, p. 244.

⁸² Cfr. también Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, p. 157 ss.; Lorenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, p. 17, 66.

⁸³ Cfr. Hegel, Rechtsphilosophie, § 100.

⁸⁴ Hegel, Rechtsphilosophie, § 97/ anotación.

⁸⁵ Hegel, Rechtsphilosophie, § 101.

⁸⁶ Cfr. Hegel, Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre § 20, p. 244.

⁸⁷ Jakobs, AT, prólogo, p. VII.

⁸⁸ Cfr. también Gans, Philosophische Schriften, p. 86.

ticular tenga vigencia en su particularidad⁸⁹.» «La lesión [nuevamente] de ésta, como de una voluntad existente, es la superación del delito que si no tendría vigencia [esto es: existencia general] y es la restitución del Derecho⁹⁰.»

En Hegel se define pues la pena como réplica, como reacción ante lo sucedido — igual que en Kant —, como eliminación de la perturbación que corporeiza el delito, como confirmación simbólica del ordenamiento. Esta confirmación del ordenamiento posee una dimensión histórico-dialéctica⁹¹ así como también funcional-social y por tanto Hegel diferencia entre una necesidad «interna» y una necesidad «externa» de la pena.⁹² En la «necesidad interna» de la pena, Hegel expone el delito y su superación dentro del Derecho abstracto como «consecuencia del automovimiento del concepto de Derecho», de tal manera que el injusto tan sólo significa una «fase [histórica] de desarrollo», o un simple «momento del Derecho»⁹³. Dice Hegel a este respecto: «Con un delito se ve algo alterado, y la cosa existe en esa alteración; pero esta existencia es lo contrario de ella misma y por lo tanto, en sí, nula. Lo nulo es haber eliminado el Derecho en cuanto Derecho. En efecto, el Derecho, en cuanto absoluto, no puede ser eliminado, por lo que exteriorizar el delito es en sí algo nulo, y esa nulidad es la esencia del actuar delictivo. Pero lo que es nulo, debe manifestarse como tal, esto es, presentarse a sí mismo como autolesionable. El hecho delictivo no es algo principal, positivo, al que sigue la pena como negación, sino que es algo negativo, de tal manera que la pena es tan sólo negación de la negación. El Derecho efectivo es pues la superación de esa lesión; el Derecho muestra precisamente con ello su validez y se acredita como algo que necesariamente tiene que existir de forma mediata⁹⁴.» Esto por lo que respecta a la mencionada necesidad interna de la pena.

Por el contrario, en la «necesidad externa» de la pena, de lo que se trata es del mantenimiento de la identidad social⁹⁵. La ley especial-formal que se objetiva mediante el delito despliega también un efecto dañoso para la realidad empírico social, efecto que se encuentra localizado en el ámbito de las condiciones comunicativas de vigencia del Derecho⁹⁶. Mediante el delito se

⁸⁹ Gans, Philosophische Schriften, p. 84.

⁹⁰ Hegel, Rechtsphilosophie, § 99, con nota a mano.

⁹¹ Véase sobre esto Hartmann, Die Philosophie des deutschen Idealismus, p. 324; Flechtheim, Die Funktion der Strafe, p. 103; Michelet, Naturrecht, p. 244.

⁹² Hegel, Rechtsphilosophie, nota al § 96/ anotación.

⁹³ Flechtheim, Die Funktion der Strafe, p. 95.

⁹⁴ Hegel, Rechtsphilosophie, § 97/ anotación.

⁹⁵ Véase sobre esto, Jakobs, ZStW 107 (1995), p. 844 s.

⁹⁶ Sobre esto, Lesch, ADPCP 48 (1995), p. 951 ss.

presenta algo como real que, en verdad, no lo es⁹⁷. Si el delito queda sin pena, «arruina a la sociedad». Por ello, el «hecho de que el robo [por ejemplo], de que el delito, se encuentre vigente», «esto es, que el delito se cometa sin temor», en apariencia «excusándose de que tenga vigencia», pero en verdad, asegurando con convicción que tiene vigencia, esa circunstancia, como digo, tiene que ser eliminada⁹⁸. Hay que manifestar pues que se trata de una mera apariencia de delito «que si no tendría vigencia»⁹⁹, hay que «mostrar expresamente que el delito no tiene vigencia»¹⁰⁰, que la norma general quebrantada puesto que es racional sigue siendo real, que esa norma reclama vigencia real, que uno se sigue manteniendo en Derecho cuando continúa tomando esa norma como modelo de orientación para el propio comportamiento.

Esta demostración de la que se está hablando sólo puede resultar exitosa utilizando el modo de resolver los conflictos de la sociedad mediante el sistema judicial, al cual *Hegel* en la tercera parte de su *Filosofía del Derecho*, en la *Eticidad*, se refiere (§§ 219 ss.). Sobre esto señala:

«La superación del delito es en esta esfera de la inmediatez del Derecho [esto es, en el Derecho abstracto como primera parte en la *Filosofía del Derecho* de *Hegel*] en primer término *venganza*, que es según su *contenido* justa, en la medida de que se trata de una retribución. Pero según la *forma* esta *venganza* es la acción de una voluntad *subjetiva*, que puede situar su *infinidad* en cualquier lesión que suceda. Su justicia es por lo tanto contingente, igual que la voluntad es también *para los otros* solo una voluntad *particular*. La *venganza*, puesto que es la acción positiva de una voluntad *particular*, se convierte en una *nueva lesión*: con esa contradicción cae en el progreso al infinito y se hereda infinitamente de generación en generación¹⁰¹.» «La exigencia de resolver esta contradicción (...) es la exigencia de una *Justicia* liberada de los intereses y de las formas *subjetivas* así como de la contingencia del poder, una *Justicia no vengativa*, sino *punitiva*. En esto reside, *en primer lugar*, la exigencia de una voluntad que, en cuanto voluntad *subjetiva* particular quiere la voluntad general como tal¹⁰².»

Esta voluntad, que asume la función —neutral y objetiva— de un *tercero*¹⁰³ y por ello conforma el fundamento de toda legalidad, es desarro-

⁹⁷ Cfr. *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, nota al § 96/ anotación; véase también *Iltig*, v. *Griesheim-Nachschrift*, p. 280 s.

⁹⁸ *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, nota al § 96/ anotación.

⁹⁹ *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 99; *Iltig*, v. *Griesheim-Nachschrift*, p. 284.

¹⁰⁰ *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, nota al § 96/ anotación.

¹⁰¹ *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 102.

¹⁰² *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 103.

¹⁰³ Sobre la función del tercero véase *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, p. 65 ss.

llada por *Hegel* en la «moralidad» (como segunda parte de su *Filosofía del Derecho*)¹⁰⁴, y después es identificada en la «eticidad» con el papel del acusador público y del juez, que tras la superación del proceso inquisitorial respecto de la persecución penal y la función juzgadora se encuentran repartidas, como es sabido, en dos funcionarios diferentes¹⁰⁵.

Con esto *Hegel* se muestra como defensor incondicional del *principio oficialista*, el cual señala que la persecución penal por regla general no es un asunto privado sino estatal del que tienen que ocuparse los funcionarios competentes¹⁰⁶: «Si en una sociedad no hay jueces ni leyes, la pena tiene siempre la forma de una venganza, que es deficiente en la medida en que supone la acción de una voluntad subjetiva; por lo tanto no es adecuada al contenido. (...) En varias legislaciones actuales queda aún algo de venganza, puesto que se deja a la decisión libre del individuo, llevar o no una infracción ante la Justicia¹⁰⁷». Tal resto de venganza se encuentra en los denominados delitos privados, los cuales están adquiriendo en los últimos tiempos una creciente importancia, especialmente por los intentos de reforma de la *compensación autor-víctima*¹⁰⁸, que —de forma ideal— hace depender la persecución penal especialmente también de la reconciliación del autor del delito con la víctima¹⁰⁹, y que ha sido ya positivado en el Código penal alemán en su § 46 a.

Por último, veamos lo referente a la magnitud de la pena, al igual que hicimos con *Kant*. *Hegel* se orienta —a diferencia de *Kant*— en el principio de un talión que compense los *valores*: «La superación del delito», señala, «es una *compensación* en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también la tiene que tener su negación en cuanto existencia. Esta identidad basada en el concepto no es empero una *igualdad* en las características específicas de la lesión, sino en las características existentes *en sí*, —en su valor¹¹⁰.»

El «valor» de la lesión no se encuentra determinado de forma fija, sino que es un valor relativo que depende del estado de la sociedad¹¹¹:

¹⁰⁴ Véase sobre esto, detallado, *Quante*, *Hegels Begriff der Handlung*, p. 33 ss.

¹⁰⁵ Cfr. *Wach*, *Struktur des Strafprozesses*, p. 6 s.

¹⁰⁶ *Wach*, *Struktur des Strafprozesses*, p. 6; *Eb. Schmidt*, *Deutsches Strafprozessrecht*, número marginal 99; *Pfeiffer*, *Grundzüge des Strafverfahrensrechts*.

¹⁰⁷ *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 102/ anotación.

¹⁰⁸ Véase la crítica por ejemplo de *Hirsch*, *ZStW* 102 (1990), p. 534 ss.; *el mismo*, *GS Armin Kaufmann*, p. 705 ss.

¹⁰⁹ Véase por ejemplo *BT-Drucks.* 12/6141, p. 8.

¹¹⁰ *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 101.

¹¹¹ *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 218 y anotación.

«Esta cualidad o magnitud es variable según el estado de la sociedad civil, y en ese estado radica el derecho a castigar el hurto de unos pocos centavos o de un nabo con la muerte, o imponer una pena más leve al hurto de cien o más veces dicho valor. Un código penal pertenece por eso esencialmente a su época y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil.» En tanto «la sociedad esté segura de sí misma, el delito no es nunca más que una individualidad frente a la sociedad, algo aislado, sin solidez. La solidez de la sociedad confiere al delito una posición debilitada, y por ello la pena también será débil. Si la sociedad está aún vacilante, se debe estatuir mediante la pena un ejemplo, pues la pena misma es un ejemplo contra el ejemplo del delito. En la sociedad por contra que es en sí firme, la ley del delito es tan débil, que la superación de esa ley tiene que ser medida según esa debilidad. Las penas duras no son pues en y para sí injustas, sino que están en relación con la situación de cada época: un código penal no puede tener vigencia para todos los tiempos, y los delitos son existencias aparentes que pueden acarrear consigo una mayor o menor repulsa.»

III. TEORÍAS RELATIVAS

El programa de las teorías relativas se encuentra ya prácticamente completo en *Protágoras*, que en el dialogo del mismo nombre, de Platón señala:

«Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido»¹¹².

Fines de la pena son pues el efecto intimidatorio (prevención general «negativa»), la corrección (prevención especial «positiva») así como hacer al autor inofensivo (prevención especial «negativa»). De esta manera la pena se incluye completamente en el elenco de los instrumentos del Estado para la *defensa ante peligros* y la realización de *cuidados existenciales*¹¹³. En cualquier caso, entre los partidarios de las teorías relativas reina unanimidad en que la pena, al menos de acuerdo con su concepto, es retribución, entendiendo por retribución una reacción, una respuesta a algo que ya ha sucedido; por ello, el fundamento *real* de la pena (= la culpabilidad) reposa en el pasado, aunque su fundamento *final* (= aquello, que con ella se intenta alcanzar y se logra) se encuentre referido al futuro¹¹⁴.

¹¹² Platón, *Sämtliche Werke*, tomo I.1, p. 294.

¹¹³ AK-Hassemer, previo al § 1, número marginal 415.

¹¹⁴ Neumann/Schroth, *Kriminalität und Strafe*, p. 6; Gössel, FS Pfeiffer, p. 8 ss., 13; Otto, *Grundkurs*, número marginal 65, 71; Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 12.

1. Prevención general negativa (Feuerbach)

La teoría de la prevención general negativa se relaciona ante todo con el nombre de *J. P. Anselm von Feuerbach*. Para desarrollar su teoría de la pena *Feuerbach* toma en primer lugar elementos de la teoría del Estado de *Hobbes*¹¹⁵: en estados naturales sin ley, los Hombres tienden a dañarse unos a otros¹¹⁶. Se trata del «status belli omnium contra omnes», en donde cada cual se encuentra abandonado a sus fuerzas y nadie está seguro. Por ello la inteligencia del Hombre le apremia a fundar un Estado. Este Estado no es otra cosa que un «instituto en el que existe el status legal buscado, la plena seguridad de libertad recíproca». Dice *Feuerbach*¹¹⁷: «El fin del Estado es la libertad recíproca de todos sus ciudadanos, o, en otras palabras, la situación en la que todos pueden ejercer sus derechos en su totalidad, y se encuentran seguros frente a las injurias¹¹⁸]. Toda injuria contradice por tanto la naturaleza y el fin de la unión de ciudadanos, y para la realización de ese fin es necesario que *no se produzcan en absoluto injurias en el Estado*. Por tanto la tarea es: encontrar un medio a través del cual se puedan prevenir todo tipo de injurias.»

Esta tarea es tratada por *Feuerbach* con gran profundidad, dejándose guiar por el pensamiento de que el Hombre no es únicamente un ser racional, sino también un ser que se mueve por sus instintos. Quien delinque, no obra racionalmente, sino de acuerdo con sus instintos, en definitiva, movido por su codicia. De esta premisa extrae *Feuerbach* la siguiente conclusión¹¹⁹:

«El Estado tiene que servirse del medio a través del cual al ciudadano le resulte *psicológicamente* imposible dañar; mediante el cual le determine a no lesionar el Derecho, a no decidirse a ello (...). El único medio que le queda al Estado a disposición es *mediante el sentido influir en el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario*. Cómo es posible esto, se explica a continuación. El Hombre ambiciona el placer (...); rehuye el dolor, porque él ante todo evita el malestar, que contradice su naturaleza. Renuncia por tanto a algo de felicidad si es que con ello puede conseguir más felicidad; sopor-

¹¹⁵ Véase sobre esto, *Lesch*, ADPCP 48 (1995), p. 912.

¹¹⁶ *Feuerbach*, Anti-Hobbes, p. 16 ss.

¹¹⁷ *Feuerbach*, Anti-Hobbes, p. 35.

¹¹⁸ El término «injurias» aquí no debe ser entendido en el sentido actual del delito de la Parte Especial, sino como cualquier ataque al Derecho ajeno.

¹¹⁹ *Feuerbach*, Anti-Hobbes, p. 40 s., 43, 44 ss.

ta una pequeña infelicidad si es que con eso puede evitar dolores mayores (...). Las infracciones se evitan *si cada ciudadano sabe con seguridad que a una infracción le sigue un mal mayor, que el que sigue de la no satisfacción de las necesidades tras la acción* (como un objeto de felicidad). ¿Cómo se despierta pues este convencimiento en el ciudadano? Muchos juristas piensan que el Estado tiene que causar un mal para disuadir a otros, del delito cuando se representen la posibilidad de dicho mal (...). Esto es lo que creen todos los que buscan el fin de la pena en la disuasión de otros (...). Suponiendo que la simple representación de la pena impuesta a otros delincuentes sea en efecto un motivo psicológico bastante para disuadir a terceros de delitos parecidos: ¿es un motivo psicológico a la vez un *motivo jurídico*? ¿Cómo puede existir un derecho de imponer a un Hombre un mal simplemente porque el dolor que se le causa es provechoso para el Estado? Esto significa tratar al Hombre como una cosa, y también el delincuente es Hombre.»

Por lo que respecta a la pena, *Feuerbach* sigue por tanto —(aparentemente!— a *Kant*: El fundamento de la pena reside en el delito —«punitur, quia peccatum est»—, puesto que de lo contrario se mezclaría al individuo «entre los objetos del Derecho de cosas». *Feuerbach* une por tanto la finalidad del efecto disuasorio en primer lugar no con la pena, sino con la *amenaza* de la pena¹²⁰:

«A esto le sigue, que *la vinculación del mal con el delito tiene que ser amenazada por una ley*. La ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia *jurídica* necesaria del delito. Quien realiza esa acción, *tiene que sufrir la pena*; nadie que realice la acción *debe* librarse de la pena. La pena y el delito se encuentran condicionadas mutuamente: Nadie puede querer una cosa sin la otra; nadie puede determinarse para el hecho contrario a la legalidad, sin querer a la vez someterse al mal. El *fin de la ley* y de la amenaza contenida en ella es por tanto el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con un mal.»

La prevención general de la que *Feuerbach* habla es pues *prima vista* tan sólo una prevención de la amenaza de pena; su teoría por tanto no es una teoría de la pena, sino una teoría de la amenaza penal mediante leyes penales (teoría de la «coerción psicológica»)¹²¹, la cual parece

¹²⁰ *Feuerbach*, Anti-Hobbes, p. 49.

¹²¹ *Bauer*, Die Warnungstheorie, p. 325 ss.; *Roxin*, AT, 3/23; *Neumann/Schroth*, Kriminalität und Strafe, p. 35.

que fue tomada por *Feuerbach* de *Fichte*¹²²,¹²³. Pero esta teoría de la amenaza penal tiene que pasar obligatoriamente por la verdadera teoría de la pena, por lo que resulta consecuente que *Feuerbach* al final abandone la premisas kantianas¹²⁴:

«Mediante la pena se tiene que conseguir que el sujeto logre un contrapeso frente a los impulsos que le invitan a delinquir; estos tienen que ser superados, de tal forma que la arbitrariedad sea determinada psicológicamente de acuerdo a la ley. ¿Cómo tiene pues que tratar la coerción penal al Hombre? Pues como un ser de la Naturaleza que no se determina a sí mismo, sino mediante un mecanismo de la Naturaleza (...). El objeto de la coerción penal no es la libertad, sino aquello que tiene el Hombre de Naturaleza; el Hombre al que se dirige la coerción penal no es el Hombre libre, sino el determinado, el sometido a la Naturaleza, (...)». Y «puesto que la amenaza en la ley sólo tiene como objeto al Hombre que puede ser determinado, la causación de la pena misma en relación a quien debe ser impuesta no puede tener otro objeto (...). El juez en la aplicación de la ley se tiene que referir precisamente a este mismo sujeto, a esta condición del sujeto a la que se refiere la sanción del legislador.»

En todo caso, *Feuerbach* no piensa tampoco separar el fundamento y fin de la imposición de pena, de la función de seguridad del Estado. De otra forma, «la pena no podría tener otro propósito que el de penar, por tanto el causar un mal a una persona por su indignidad moral, a lo cual, en realidad, sólo tiene derecho Dios, o el fundamento sería herir el cuerpo del Hombre sin motivo, a lo cual no tiene derecho nadie, por lo que el que impone la pena se degradaría a sí mismo al nivel de un delincuente merecedor de pena.» Sólo se puede «limitar la libertad de un ser racional o determinarse en una ley, (...) sólo para seguridad y protección del que impone la pena»¹²⁵. Así pues, al final, el mal en realidad se causa para otorgar efectividad a la amenaza penal¹²⁶, para disuadir a otros de delinquir¹²⁷:

¹²² Véase *Fichte*, *Grundlage des Naturrechts*, §§ 13 ss. e introducción III.

¹²³ *Zaczyk*, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, nota 123 en p. 119 s., señala que *Fichte* desde 1794 fue profesor en Jena, donde *Feuerbach* estudió filosofía, y que después, a partir de 1796, cuando se publica la «*Grundlage des Naturrecht*» de *Fichte*, *Feuerbach* estudiaba Derecho. El *Anti-Hobbes* de *Feuerbach* se publicó en 1797, y la primera parte de su «*Revision*» en 1799. Teniendo en cuenta la identidad de la línea argumental, es de suponer con *Fischl*, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, p. 147, que *Feuerbach* tomó de *Fichte* la teoría de la coerción psicológica. — Si, por lo demás, se trata de un «elegante desarrollo» de esta teoría, puede dudarse, pero en cualquier caso esta cuestión no puede ser tratada en detalle aquí.

¹²⁴ *Feuerbach*, *Revision II*, p. 130 ss.

¹²⁵ *Feuerbach*, *Revision II*, p. 132.

¹²⁶ *Gössel*, *FS Pfeiffer*, p. 16.

¹²⁷ En el mismo sentido, *Kohlrausch*, *Güterbock-Festgabe*, p. 17 s.

«El fin del Estado está determinado por la necesidad de que no se produzcan delitos. Entre los medios disponibles para este fin, tiene que haber uno a través del cual se superen los impulsos de acciones contrarias a la ley, y éste no es otro que el convencimiento de que la infracción irá acompañada necesariamente de un mal que es mayor que el descontento producido por no llevar a cabo los impulsos hacia el delito. Es por ello necesario 1.1.° que mediante una ley se amenace tal mal y 2.2.° que si se da el presupuesto — el delito —, de verdad se ejecute el mal amenazado¹²⁸.» Según *Feuerbach* no es pues «ni la sola amenaza de la ley, ni la sola causación de un mal por un delito cometido, lo que puede lograr que se superen los impulsos hacia el delito de quien está determinado a ello. Antes bien, ambas cosas deben aunarse para lograr esta finalidad. La ley debe lograr que el delincuente se represente la necesidad del mal; el cumplimiento de la ley, debe a su vez lograr que el autor se represente la existencia real de la ley. La ley contiene la amenaza; el ejercicio de la ley otorga a la amenaza realidad. La ley determina que la vinculación del mal con una lesión del derecho sea una vinculación necesaria jurídicamente, la ejecución por su parte, que ese ordenamiento jurídico no sea simplemente idealista, sino real, que la amenaza de la pena no sea una amenaza aparente, sino una amenaza real»¹²⁹.

Así pues, el fin de la imposición de la pena según la concepción de *Feuerbach* no consiste, en definitiva, «en otra cosa distinta que hacer efectiva la amenaza»¹³⁰.

¿Pero qué amenaza debe ser acentuada entonces mediante la imposición de pena? En efecto, si «la acción, que no tuvo en cuenta la amenaza, se ha llevado a cabo», es claro que la amenaza «no ha alcanzado su objetivo, esto es, la disuasión de la acción», de tal suerte que — como del propio *Feuerbach* reconoce — la amenaza en relación al hecho llevado a cabo por ese autor ha resultado «estéril»¹³¹. «El deseo por el delito», dice *Luden* en su toma de posición crítica, «se convierte realmente en acción, de tal manera que ya no se puede hablar de pre-

¹²⁸ *Feuerbach*, *Revision II*, p. 75.

¹²⁹ *Feuerbach*, *Revision II*, p. 52; *el mismo*, *Anti-Hobbes*, p. 226; *el mismo*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1.0 ed., Gießen 1801, p. 16 ss. (§§ 18 ss.) y 1.0 ed., Gießen 1847, p. 38 s. (§§ 14 ss.).

¹³⁰ *Feuerbach*, *Anti-Hobbes*, p. 226; *el mismo*, *Ist Sicherung vor dem Verbrecher ...?*, p. 18/nota: «El fin de la ejecución de la pena es respaldar el fin de la amenaza de la misma; porque sin un temor fundado de que la amenaza se va a cumplir, ésta es nula». En el mismo sentido, *Kohlrausch*, *Die Schuld*, p. 184.

¹³¹ *Feuerbach*, *Revision*, p. 97; en el mismo sentido, *Kohlrausch*, *Güterbock-FS*, p. 18; véase además también *Hruschka*, *JZ* 1989, p. 164.

«prevención, puesto que ésta, por definición, tiene que preceder al delito y no, en cambio, sucederle». La «prevención exigida no puede por tanto tener lugar contra verdaderas perturbaciones del ordenamiento jurídico»¹³², continúa *Luden*; la ejecución de la pena solo puede tener por ello como meta la futura efectividad real de la amenaza, esto es, la intimidación de otros¹³³: «Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos, pero es la ejecución la que tiene que dar a la ley su efectividad, el fin mediato (fin último) de la causación de un mal es de igual modo la simple intimidación del ciudadano mediante la ley»¹³⁴; esto es, en realidad, la pena no se impone *quia peccatum est*, como predicaba aparentemente *Feuerbach*, sino exclusivamente *ne peccetur* y el autor con ello —se diga lo que se diga— al final se mezcla entre las objetos del Derecho de cosas.

También por lo que respecta a la teoría de la coacción psicológica, el planteamiento de *Feuerbach* descuida totalmente el daño del hecho para el ordenamiento social, puesto que mide la ventaja potencial del delincuente y trata de contrarrestar esta ventaja mediante un mal. Además: Si todo hecho punible supusiese un cálculo, un balance en el sentido de *Feuerbach*, se deberían formular los tipos penales no según la importancia del delito, según los bienes jurídicos protegidos, sino según la importancia, el peso, de los impulsos al delito. Dicho de otra manera: Si de lo que se trata es de eliminar los estímulos hacia el delito, el mal tiene que ser de mayor entidad que la ventaja que se obtenga con el hecho; esto es, empero, independiente de los daños sociales que ha causado el hecho. Por ello puede surgir una gran desproporción entre el daño social y el *quantum* de la pena. Un ejemplo: Puede que frente a un asesinato a causa de unos cuantos cientos de pesetas una pena pecuniaria de unos miles de pesetas sea lo suficientemente intimidatoria, mientras que frente a un delito de calumnias que el autor lleva a cabo para promocionarse profesio-

¹³² *Luden*, Handbuch, p. 53.

¹³³ En igual sentido *Natke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, p. 53 y sobre todo *Höfle*, Das abstrakte Recht, p. 91 s. Véase además *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, p. 264; *Lesch*, Sukzessive Beihilfe, p. 233; *Mir Puig*, FS-Jescheck I, p. 339; *Salomon*, ZStW 33, 1912, p. 14. Esta ruptura lógica en la teoría de *Feuerbach* es a menudo pasada por alto, en especial por aquellos que ven en él un finalizador de la teoría de la pena kantiana, en particular por *Döring*, Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie, Kantstudien, número complementario 3, p. 27 s.; *Grünhut*, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, p. 94 s.; véase también, empero, *Gössel*, FS Pfeiffer, p. 16, 17.

¹³⁴ *Feuerbach*, Lehrbuch, 1.ª ed., p. 18 (§ 20); prácticamente del mismo tenor 14.ª ed., p. 39 (§ 16).

nalmente sólo sea intimidatorio la previsión de una pena de muchos años de cárcel. En consecuencia se debería renunciar a todos los delitos de la Parte Especial del Código penal español o alemán, que *de lege lata* se encuentran orientados según la entidad del daño social, del bien dañado, y habría que formar nuevos grupos atendiendo a las posibles cuotas de utilidad que le pudieran reportar al autor. En el grupo de los más punibles se encontrarían delitos que reportasen grandes rendimientos al autor, independientemente de si se llevaran a cabo mediante la muerte de una persona, a través de una falsedad documental o por medio de un allanamiento de morada. El delito de rebelión sería, en caso de tratarse de autores que por una ideología determinada cometiesen este delito, un delito grave, mientras que para aquellos autores que lo hiciesen tan solo por precio, sería un delito comparable a un delito contra el patrimonio por el valor de la cantidad, etc.¹³⁵

Por lo demás, en contra de la teoría de la prevención general negativa hay también que objetar que ni todos los delitos responden a un cálculo racional —el autor calculador es más bien la excepción—¹³⁶, ni todo cálculo racional *per se* se centra en la abstracta amenaza penal, sino —si acaso— en el riesgo a ser descubierto, esto es, en la posibilidad real de ser penado o de evitar la pena¹³⁷. Por último, según el programa de la teoría de la prevención general pueden ser penadas personas inocentes¹³⁸ para estatuir un ejemplo para otras¹³⁹. Y es que en efecto, la conexión entre el delito (injusto/culpabilidad) y pena (consecuencia jurídica) que se plasma ante todo en el principio del hecho y en el de culpabilidad es en realidad inmanente a las teorías absolutas de la pena y no a las relativas¹⁴⁰. De todas formas, la intimidación como función de la pena juega un papel importante entre los prácticos del Derecho penal y la policía¹⁴¹.

¹³⁵ *Jakobs*, AT, 1/29 s.; *Kindhäuser*, GA 1989, p. 498.

¹³⁶ *Hart*, Recht und Moral, p. 58; *Neumann/Schroth*, Kriminalität und Strafe, p. 35.

¹³⁷ *Aschaffenburg*, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, p. 293; *Jakobs*, AT, 1/28; *Roxin*, AT, 3/25; *Lesch*, JA 1994, p. 113 s.; *Bock*, JuS 1994, p. 95.

¹³⁸ *Höfle*, Kants Begründung des Rechtszwangs, p. 335 s., 365.

¹³⁹ Sobre el desacoplamiento entre la pena y la culpabilidad por el hecho, en las teorías utilitaristas de la pena, véase, detallado, *Henke*, Utilitarismus und Schuldprinzip, p. 23 ss., 210 ss. y pássim; también *Gössel*, FS-Pfeiffer, p. 17 s. Cfr. también *AK-Schild*, previo al § 13, número marginal 41.

¹⁴⁰ Véase también *Oberer*, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, p. 414; *Binding*, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart IV, 1877, p. 420, 421 y pássim.

¹⁴¹ Cfr. BVerfGE 45, p. 187, 253 s.; *Ostendorf*, ZRP 1976, p. 281, 283 ss.; también *Hoerster*, GA 1970, p. 273.

2. Prevención general positiva (prevención-integración)

La prevención general vive un gran renacimiento en la actualidad de la mano de la llamada prevención general positiva o prevención-integración¹⁴². También en esta teoría de la prevención general positiva se trata, como su nombre indica, de una prevención prospectiva del delito, de futuro¹⁴³, por medio de un efecto de aprendizaje motivado de forma pedagógico-social, un aprendizaje pues que no se transmite y adquiere a través del temor, sino mediante un tomar conciencia¹⁴⁴. Función de la pena es pues el reforzamiento de la conciencia colectiva¹⁴⁵, de los valores éticos de la convicción jurídica¹⁴⁶, o, lo que es lo mismo, «ejercicio en el reconocimiento de la norma»¹⁴⁷; en el lema de *Nietzsche*: «la pena tiene como fin mejorar a aquel que la impone»¹⁴⁸. Pero, ¿en qué se apoya la motivación, el aprendizaje, si no en el efecto de intimidación del ejemplo que a costa del delincuente se estatuye para otros?¹⁴⁹.

¹⁴² *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 33; *Lüderssen*, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, p. 16; *Schöch*, *FS-Jescheck*, p. 1082 s.; *Achenbach* en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, p. 142; *Stratenwerth*, *AT*, número marginal 24.

¹⁴³ *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 33 s., 98; *Roxin*, *AT*, 2/21; *Köhler*, *Über den Zusammenhang zwischen Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, p. 40 s.; *Callies*, *NJW* 1989, p. 1340, habla, acertado, de un acercamiento al Derecho de orden público preventivo (cfr. también *Rudolphi* en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, p. 70 s.; *Jescheck*, *AT*, p. 3 s.). Sobre el aspecto del «ejercicio del reconocimiento de la norma» vinculado a esta teoría en especial por *Jakobs* (*AT*, 1/4-11 y pássim; además *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 101 ss.) volveré más adelante.

¹⁴⁴ *Hassemer*, *Einführung*, p. 325; *Achenbach*, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, p. 143; *Jescheck*, *AT*, p. 61; *Kindhäuser*, *GA* 1989, p. 498; véase también, anteriormente, *Aschaffenburg*, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, p. 293 s.

¹⁴⁵ *Durkheim*, *Über soziale Arbeitsteilung*, p. 118 ss.

¹⁴⁶ Así, o en sentido parecido, *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafr und zur Rechtsphilosophie*, p. 228 ss.; *el mismo*, *Das deutsche Strafrecht*, p. 1 ss.; *Otto*, *ZStW* 87 (1975), p. 558 s.; *Schmidhäuser*, *Vom Sinn der Strafe*, p. 63; *el mismo*, *AT*, 3/16; *AK-Hassemer*, previo al § 1, número marginal 248 ss., 334, 429; *Jescheck*, *AT*, p. 4, 61; *Stratenwerth*, *AT*, número marginal 25.

¹⁴⁷ *BGH* 24, 40, 44 s.; *BVerfGE* 45, 187, 256; *Jakobs*, *AT*, 1/15; *el mismo*, *Schuld und Prävention*, p. 10; *Achenbach*, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, p. 142 s.; *Ostendorf*, *ZRP* 1976, p. 283 s.; *Hassemer*, *Einführung*, p. 324 ss.; *Haffke*, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, p. 162 ss.

¹⁴⁸ *Nietzsche*, *Die fröhliche Wissenschaft*, libro 3.1, número 219 (p. 168). Véase también *Fromm*, *Analytische Sozialpsychologie und Gesellschaftstheorie*, p. 138.

¹⁴⁹ Cfr. también *Fromm*, *Analytische Sozialpsychologie und Gesellschaftstheorie*, p. 139. Una equiparación más o menos consciente entre disuasión y ejercicio en la confianza de la norma se encuentra en la concepción de *Ostendorf*, *ZRP* 1976, p. 283 s.; *von der Linde*, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, p. 223 ss.; *Schmidhäuser*, *AT*, 3/16.

Una aclaración —que recuerda en gran medida a las palabras de *Nietzsche*— de este efecto es aportado por la psicología profunda¹⁵⁰, que con *Freud* parte de que el Hombre en su origen es un ser asocial que sólo tras un proceso lento de culturización y socialización aprende de gradualmente a seguir las normas sociales. Puesto que a causa de las técnicas de socialización al uso en nuestra sociedad, no resulta exitosa una formación de la estructura de la personalidad que integre las instancias físicas del Ser, del Yo y del super-Yo, la personalidad permanece inestable y el seguimiento voluntario de las reglas sociales resulta siempre problemático. En efecto, los impulsos del Ser no son asumidos, sino simplemente desplazados. Aquel que delinque transforma en el hecho los deseos propios y escondidos, los deseos infantiles del resto de los miembros de la sociedad. Esto conduce a que estos, inconscientemente, en virtud de un contagio emocional, se identifiquen con el delincuente y traten después de imitarle. Así pues, para impedir este peligro de infección la sociedad tiene que estatuir un ejemplo frente al delincuente mediante la causación del mal de la pena: la pena sirve para que se calmen y olviden las energías criminales que habían despertado por medio del hecho.

Este no es el lugar apropiado para discutir en detalle sobre la validez científica de estas aclaraciones psicoanalíticas¹⁵¹. En cualquier caso parece paradójico, incluso arbitrario, que se haga responsable a personas concretas de las carencias de socialización de toda la sociedad y que se les imponga una pena con el fin de reprimir los impulsos criminales de otros¹⁵². El peligro que se tiene que combatir —como acabamos de ver— escondería precisamente su origen en las tendencias criminales de todos los miembros de la sociedad¹⁵³, por lo que —según esta propia teoría— se podría obviamente preguntar si no sería entonces más adecuado hacer responder precisamente a la sociedad¹⁵⁴. De hecho, los puntos de vista de la psicología profunda son a menudo empleados no ya para fundamentar la pena, sino bien

¹⁵⁰ Véase sobre esto, *Freud*, *Totem y Tabú*, p. 40 ss., 77 s.; *Jäger*, *FS-Henkel*, p. 131 s.; *Engelhardt*, *Psychoanalyse der strafende Gesellschaft*, p. 49 ss., 213 ss.; *Haffke*, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, p. 163 s.; *Streng*, *ZStW* 92 (1980), p. 637 ss.; *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 88 s.; *Ostermeyer*, *Die bestrafte Gesellschaft*, p. 52 ss. En la línea de estas interpretaciones con base en la psicología profunda también *Baumann*, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 126 ss.

¹⁵¹ Cfr. los planteamientos críticos de *Jäger*, *Henkel-FS*, p. 132 s.

¹⁵² El propio *Haffke*, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, p. 168, reconoce que en este sentido existe un «dilema ético».

¹⁵³ Cfr. *Jescheck*, *AT*, p. 61; *Bock*, *JuS* 1994, p. 97.

¹⁵⁴ Cfr. sobre esto *Sexsar*, *ZStW* 81 (1969), p. 372 ss.

al contrario para realizar una crítica a la sociedad y a sus «estructuras represivas»¹⁵⁵.

Finalmente hay que concluir que la prevención general positiva en general, esto es, no sólo en su variante de la psicología profunda, en realidad sigue el mismo esquema —ya criticado en este estudio— de la prevención negativa: No se compensa mediante la pena algo que por ejemplo haya quebrantado el autor, no se restablece un orden perturbado, sino que frente a los estados psíquicos de los otros miembros de la sociedad se estatuyen contra-impulsos que deben impedir que se delinca. Si ese mecanismo de funcionamiento de la pena se debe a puro miedo o al cálculo de que el delito no compensa —puesto que trae consigo un mal mayor-, o si es reconducible a un punto de vista ético mayor, si todo esto tiene lugar consciente o inconscientemente, es, en definitiva, producto de la casualidad y, desde luego, por lo que se refiere a las consecuencias, indiferente. En cualquier caso, aparte de este esquema de la prevención negativa, frente a la prevención general positiva hay que elevar además, en principio, las mismas críticas que contra la prevención negativa: El autor, mediante la punición ejemplarizante para el mantenimiento de la confianza en la norma de otras personas no es tratado como sujeto, sino como objeto de un interés definido heterónomamente, como un simple «instrumento de un mecanismo de motivación»¹⁵⁶. En especial, la prevención general positiva —entendida en el sentido antes señalado— no puede orientar la pena a la culpabilidad, a los daños sociales que han sido causados mediante el hecho, sino que se tendría que orientar según los ámbitos en los que el peligro de una «infección por medio del delito», para la «confianza en el Derecho» sea mayor¹⁵⁷. Esto podría dar lugar

¹⁵⁵ Jäger, Henkel-FS, p. 125 s.; Neumann/Schroth, Kriminalität und Strafe, p. 93; Moser, Repressive Kriminalpsychiatrie, p. 226; sobre todo, Ostermeyer, Strafrecht und Psychoanalyse, p. 28 ss. con p. 109 ss. y pássim; Hochheimer, Krit 1969, p. 21 ss.; Rehwald, Die Gesellschaft und ihre Verbrecher; Plack, Die Gesellschaft und das Böse, especialmente p. 110 ss. En gran medida se entremezclan hipótesis psicoanalíticas con juicios de valor de ideología política. Así, Fromm, Analytische Sozialpsychologie und Gesellschaftstheorie, p. 138 ss., describe la justicia penal como un «requisito psíquico indispensable de la sociedad de clases», que sirve para someter «al pueblo» a la «clase dominante». En el mismo sentido, Ostermeyer, Die bestrafte Gesellschaft, p. 151: «El Derecho penal se muestra como un medio con el que los privilegiados mantienen a los discriminados en su status social menor. (...) El Derecho penal es por tanto un medio de dominio.»

¹⁵⁶ Köhler, Der Begriff der Strafe, p. 40 s.; Callies, NJW 1989, p. 1340; Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, p. 50; Bock, JuS 1994, p. 97.

¹⁵⁷ Acertado, Jescheck, AT, p. 59: «Desde un punto preventivo consecuente, quedaría sin aclarar en realidad el problema de la culpabilidad, puesto que aquí entra tan sólo en juego la disposición latente de la generalidad a las conductas criminales.»

por ejemplo, a que, por un lado en delitos bagatela o de poca importancia, pero muy frecuentes, y por otro en delitos de gran importancia pero con un «peligro de contagio» relativamente reducido, se originen en ciertas ocasiones grandes desproporciones entre el daños y el *quantum* de la pena.

3. Prevención especial

La prevención especial persigue como meta apartar al autor de futuros delitos. En general, se distinguen tres aspectos¹⁵⁸:

1.º La denominada «prevención especial negativa», esto es, el aseguramiento de la sociedad frente a autores, mediante su reclusión,

2.º la intimidación del autor y

3.º la denominada «prevención especial positiva», esto es, la corrección, resocialización o socialización del delincuente.

El defensor más significativo de la teoría de la prevención especial fue, como es sabido, *Franz v. Liszt*¹⁵⁹. Cuando *v. Liszt* a finales del siglo XIX obtuvo su cátedra, ya había sucumbido la filosofía idealista de *Kant* y *Hegel*, y el naturalismo dominaba las ciencias filosóficas en general, y la ciencia jurídico penal en particular¹⁶⁰. El comportamiento humano, la sociedad en general, era vista desde una perspectiva técnico-causalista, bajo el prisma de la ciencias naturales; el comportamiento se encontraba, en sus causas internas y externas, predeterminado. En correspondencia con esta «mecanización» de todo el pensamiento, las ciencias de la vida social se transformaron en una «physique sociale» (*Comte, Quételet*), en una física social; la ciencia del Derecho penal, en concreto, en una especie de «ingeniería social»: Se presupone que sólo cuando el Hombre conoce las leyes de la Naturaleza puede modificarlas para su provecho o, al menos, adaptarse a ellas para que no le acarreen mayores daños. Trasladado a las posibilidades de convivencia humana, esto significa: La regularidad del comportamiento humano basada en las leyes de la Naturaleza concede la posibilidad de que, modificando su entorno, sus costumbres, su educación y en general, todo lo que ha influido en su vida, el Hombre pueda ser mejorado. La consecuencia para el Derecho penal es: Esto

¹⁵⁸ Cfr. Roxin, AT, 3/12; el mismo, JuS 1966, p. 379.

¹⁵⁹ LK-Jescheck, Introducción, nota 30.

¹⁶⁰ Véase sobre esto y en lo siguiente, Lesch, ADPCP 48 (1995), p. 913 ss.; en detalle, Welzel, Das deutsche Strafrecht, p. 29 ss.

mismo debe ser emprendido con el propio delincuente. La forma en que esto debía llevarse a cabo, la expuso v. Liszt en su famoso «Programa de Marburgo» de 1882, del que transcribo uno de sus pasajes más relevantes¹⁶¹:

«La pena es *coacción*. Ella se vuelve contra la voluntad del delincuente puesto que (la pena) daña o elimina los bienes jurídicos en los que la voluntad se ha corporeizado. Como coacción, la pena puede tener una doble naturaleza:

a) Coacción indirecta, mediata, psicológica, o motivación. La pena proporciona al delincuente los motivos que le faltan y que son adecuados contra el delito, y le incrementa e intensifica la motivación que ya posea. La pena se muestra como una forma de adaptar artificialmente al delincuente a la sociedad:

— bien mediante la corrección, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones altruistas y sociales

— o bien mediante intimidación, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones egoístas, pero que tienen un efecto en la misma dirección que los altruistas.

b) Coacción directa, inmediata, mecánica, o violencia. La pena es *secuestrar* al delincuente; un hacer inocuo temporal— o permanentemente, una exclusión de la sociedad o internamiento. La pena se muestra como una selección artificial de los individuos que no son aptos socialmente. La Naturaleza postra en la cama a aquel que le ha faltado, el Estado los envía a prisión (...).

Puesto que la corrección, la intimidación, el hacer inocuo, son realmente los únicos efectos esenciales de la pena y con ello las únicas formas de protección de bienes jurídicos mediante la pena, esas tres formas tienen que corresponderse también con tres categorías de delinquentes. Así pues, contra esas tres formas de delinquentes y no contra tres clases de delitos se dirige la pena; el delincuente es el portador de bienes jurídicos, cuya lesión o eliminación supone la esencia de la pena (...). En general podemos tomar la siguiente clasificación como punto de partida de ulteriores observaciones:

1) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección;

2) Intimidación del delincuente que no requiere corrección;

¹⁶¹ V. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, p. 126 ss.

3) Inocuidización del delincuente que carece de capacidad de corrección¹⁶²»

En el proyecto político-criminal de v. Liszt todavía se aprecia ese optimismo casi inocente apoyado en los avances del progreso, que conlleva la creencia en el permanente desarrollo del Hombre. Es el optimismo de una época impregnada por las ciencias de la naturaleza y de la técnica, una época a la que la necesidad de corrección le parece un hecho real-psicológico y por ello una simple cuestión de encontrar el procedimiento adecuado para ello. Sin embargo, estos criterios no pueden hoy día ser compartidos¹⁶³.

Lo cierto es que la prevención especial vivió en Alemania un gran apogeo sobre todo en los años sesenta y setenta bajo la rúbrica de la «resocialización»¹⁶⁴. Punto álgido fue sin duda su acogida como meta a llevar a cabo en la reforma de la ley de ejecución penal¹⁶⁵ en el año 1976. Se trataría de «retornar al camino correcto»¹⁶⁶ a quien se ha desviado, a aquel que no se ha adaptado correctamente a la sociedad, esto es, se trata de un acto de «asistencia»¹⁶⁷ estatal. Esto, sin embargo, puede que tenga algo que ver con jóvenes hasta los veintinueve años—esto es, en derecho penal de jóvenes—. Pero ¿cómo funciona una educación coactiva estatal con Hombres adultos de treinta o de cuarenta años? El mismo v. Liszt, más tarde, no consideró que esto fuera factible: «Corrección, en el sentido de corrección ciudadana, esto es, en el sentido de un adecuarse a las exigencias de la vida social, resultará imposible, cuando el delincuente haya superado los veintinueve años de edad», decía. Lo que queda pues, es pura intimidación¹⁶⁸.

Pero veamos de todas formas en primer lugar el aspecto «negativo» de la prevención especial: el objetivo de la seguridad. Si bien es cierto

¹⁶² V. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, p. 165 ss.; en el mismo sentido, Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 144 ss. Las líneas generales de lo dicho se encuentran casi cien años antes en Kleinschrod, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, 2.ª parte, 1794, cap. 4.1, §§ 45 ss. (p. 102 ss.).

¹⁶³ Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, p. 203.

¹⁶⁴ AK-Hassemer, previo al § 1, número marginal 416; Bock, *JuS* 1994, p. 93. Hirsch, *GS Armin Kaufmann*, p. 699, habla de una «euforia de resocialización en los años sesenta».

¹⁶⁵ En su § 1, frase 2.ª dice: «La ejecución de la pena privativa de libertad tiene que ser llevada a cabo de tal manera que el reo sea capaz de llevar a efecto una vida social responsable sin cometer hechos delictivos.»

¹⁶⁶ Cfr. sobre esto, H. Mayer, *FS Engisch*, p. 68; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, p. 54.

¹⁶⁷ Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 149 y pássim.

¹⁶⁸ V. Liszt, *Aufsätze und Vorträge*, p. 399 s.

que un cometido legítimo del Estado —según *Hobbes*, el primordial es proteger a los miembros de la sociedad del «homo homini lupus»¹⁶⁹, no es menos cierto que esto, *per se*, es una verdadera defensa frente a peligros, una labor genuinamente policial, y que por tanto la ordenación de ese cometido policial al Derecho penal supone una quiebra del sistema. En efecto, las medidas de defensa ante peligros, si es que son consecuentes y se aplican con efectividad, se orientan en un pronóstico de futuro y no retrospectivamente, no se orientan respecto de un daño social que ya se encuentra concluso, no se orientan, en definitiva, en el hecho penal.

Pero también la dimensión de la prevención especial denominada «positiva», esto es, la resocialización como fundamento y fin de la pena, es criticable, y en verdad, como ya se insinuó, en especial su aspecto de la legitimación de un tratamiento terapéutico del delincuente¹⁷⁰. No es que se trate ya del perro del que hablaba *Hegel*, contra el que se levanta el palo, sino que en sentido kantiano «se mezcla a la persona entre los objetos del Derecho de cosas»: Según la teoría ahora criticada, el individuo es eliminado como persona libre y amoldado a las convicciones generales de forma coactiva¹⁷¹. La cuestión es pues: ¿Qué legítima a una mayoría de la población a que una minoría se tenga que amoldar coactivamente a las formas de vida que prefiera esa mayoría? ¿De dónde proviene el derecho a educar y a tratar a personas adultas contra su voluntad?¹⁷² Porque no se puede negar que la resocialización, puesto que supone la exigencia colectiva de adaptarse coactivamente, implica un alto grado de intervencionismo estatal, que seguro tiene poco que ver con una tradición liberal¹⁷³. La prevención especial «positiva» es pues el fruto de una concepción política, que de facto no define al individuo como una persona autónoma, esto es, como libre y responsable en el sentido liberal —en el sentido precisamente hegeliano—, sino que lo define como un objeto sometido a los procesos de control estatal, y resulta evidente, que cuanto más se administre por el Estado

¹⁶⁹ Sobre este aspecto, detallado, *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit.

¹⁷⁰ Cfr. por ejemplo *V. Hippel*, Deutsches Strafrecht, p. 461 nota 6; véase también *v. Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts, p. 210.

¹⁷¹ Véase *Schlichter*, GA 1988, p. 124. *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, p. 279, es de la opinión, de que sólo así «se honra al autor como ser racional». Crítico *Hoerster*, ARSP 58 (1972), p. 559; *Köhler*, Der Begriff der Strafe, p. 70 s. y *passim*; *Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, p. 35, 37 s.; *H. Mayer*, FS Engisch, p. 67 s.; *Roxin*, JuS 1966, p. 379 s.

¹⁷² *Roxin*, JuS 1966, p. 379; *el mismo*, AT, 3/17; *Jescheck*, AT, p. 67.

¹⁷³ Cfr. *Neumann/Schroth*, Kriminalität und Strafe, p. 25 s.; *Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, p. 37 s.; *Hoerster*, ARSP 58 (1972), p. 559; *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, p. 133 ss.; *el mismo*, Rechtsphilosophie, p. 262.

el ámbito del individuo, también más se le sustrae su propia responsabilidad, que queda sustituida por una responsabilidad colectivo-estatal. En el marco de tal concepción política es obvio que una teoría de la pena basada en el sinalagma «libertad de organización»/«responsabilidad por las consecuencias» no puede encontrar sitio, siendo en cambio sustituida por un concepto asistencial colectivo-estatal¹⁷⁴.

Hoy en día se puede afirmar con perfecto derecho que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía¹⁷⁵, ya sea porque faltan los medios necesarios para alcanzar los objetivos que ella predica¹⁷⁶, ya sea porque no existen hasta hoy criterios efectivos para la resocialización de delincuentes¹⁷⁷, o ya sea precisamente porque la sociedad «no es lo suficientemente madura» para la idea de la resocialización¹⁷⁸. En este sentido, *Robert Badinter*, a la sazón ministro de Justicia en el antiguo gobierno socialista francés, ha resumido el «dilema resocializador» y sus implicaciones ante el que se encuentran forzosamente todas las reformas legislativas de orientación preventivo especial¹⁷⁹: «Existe un límite, que puede ser trazado de forma absolutamente clara: El preso no puede encontrarse en mejor situación que el más pobre de los hombres libres que viva en la miseria. Las condiciones en las cárceles no van a ser más confortables que las condiciones de vida del subproletariado. La sociedad no puede permitir que alguien que ha quebrantado las normas sea mejor tratado que un trabajador que las respeta. Cuando una reforma penitenciaria pretenda rebasar estos límites, se estrellará ante un bloqueo político y una resistencia social.» Esto parece, sin duda, hablar en contra de la denominada resocialización del delincuente en las cárceles.

Es cierto que parece paradójico que se pueda preparar a alguien para la vida en libertad privándole precisamente de ella¹⁸⁰. Sobre esto, leamos de nuevo las palabras de *Badinter*: «Educar y hacer que las personas entren en razón: Esta meta se equivoca sistemáticamente. En todas

¹⁷⁴ Sobre la conexión entre libertad y responsabilidad (culpabilidad) por una parte, y administración heterónoma por otra, véase *Jakobs*, AT, p. 34 s.

¹⁷⁵ En este sentido, ya anteriormente, *Hoerster*, ARSP 58 (1972), p. 555.

¹⁷⁶ Este problema de la falta de una concepción asistencial adecuada ya ha sido apuntado por *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, p. 137.

¹⁷⁷ *Roxin*, AT, 3/20. *AK-Hassemer*, previo al § 1, número marginal 416, habla de una «crisis del concepto de resocialización». Cfr. también *Bock*, JuS 1994, p. 93 ss.

¹⁷⁸ Véase sobre esto *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, p. 138, 147 s.; *Plack*, Die Gesellschaft und das Böse, p. 118 s.

¹⁷⁹ *Badinter*, Interview, p. 62 s.

¹⁸⁰ Cfr. *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, p. 137; *Hassemer*, Einführung, p. 289; *Neumann/Schroth*, Kriminalität und Strafe, p. 22 ss.; *Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, p. 35; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, p. 54.

partes se ha llevado a cabo la misma mala experiencia: Cuantas más personas se encierran, más autores reincidentes hay.»

El fracaso de la ejecución penal debería pues conducir de forma directa al rechazo de la pena privativa de libertad¹⁸¹, y de hecho, la voces que se alzan en contra de ella crecen día a día¹⁸².

Además hay que tener en cuenta que el principio de culpabilidad resulta para la prevención especial «positiva» —y en especial, de nuevo, para el concepto de resocialización— igual de problemático que para la «negativa». El principio de culpabilidad establece que la pena sólo debe compensar la culpabilidad que el autor mediante el hecho ha cargado sobre sus espaldas, o formulado de otra manera, al autor sólo se le puede hacer responder hasta donde llegue su culpabilidad. Se trata pues de lo que ya proclamaban las teorías absolutas: «Punitur, quia peccatum est», el autor responde tan sólo por lo que ha hecho, en la medida de su culpabilidad, en la medida del daño producido¹⁸³. Pero lo cierto es que según la teoría de la prevención especial —quebrando el principio de culpabilidad—, en sí deberían quedar impunes aquellos hechos —mejor dicho: ni siquiera ser tratados por el Derecho penal— que respondan a motivos que no se vayan a repetir, a situaciones que sólo han sucedido una vez, cuando se trata por lo demás de un autor que se encuentra perfectamente socializado, y hasta ahora no había delinquido¹⁸⁴. Por contra, contra

¹⁸¹ Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, p. 202.

¹⁸² Véase por ejemplo Ormer, *Freiheit statt Strafe*; Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*; también Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*; sobre esto también las reseñas de Jerousek, *KritJ* 1992, p. 250 ss. y Neumann, *ZStW* 106 (1994), p. 184 ss. Un resumen sobre los puntos de vista abolicionistas se puede consultar en: Kaiser, *FS Lackner*, p. 1027. Véase crítico también Hassemer, *Einführung*, p. 329 ss.; cfr. además Schultz, *ZStW* 92 (1980), p. 611 ss.

¹⁸³ Cfr. H. Mayer, *FS Engisch*, p. 79; Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 133 ss.; Jescheck, *AT*, p. 59 s.; LK-Jescheck, *Introducción*, número marginal 29; Baumann, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 122 s.; Mergen, *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, p. 222.

¹⁸⁴ Por el contrario, Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, p. 57 s., al menos respecto de los delitos de homicidio, parte de una patología general de todos los autores: «basta con observar los procesos penales que hoy en día son llevados a cabo con tanto detalle y casi siempre a la luz de peritajes, para comprobar que aquí comienza el campo de la prevención especial. Respecto a los homicidios, es evidente que a las personas que han cometido la lesión hay que ayudarles. Formulado de otra forma: Quien comete un homicidio no se encuentra *per se* normalmente socializado, (sino enfermo!», Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 144 s., quería dar mediante la pena una especie de «escarmiento para situaciones similares» a modo de «aviso» a los denominados «delincuentes ocasionales» (en el mismo sentido, v. Liszt, *Aufsätze* I, p. 172).

Pero ¿por qué si la situación era de verdad única? Sólo se puede decir: La pena en estos casos no puede fundamentarse desde un punto de vista preventivo-especial (Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, p. 53 s.).

alguien que ha cometido un delito de poca importancia podría producirse un intervencionismo masivo, si es que el delito es síntoma de una perturbación de la personalidad. Quien delinque con asiduidad, aunque sean bagatelas, debería ser privado de la libertad durante largo tiempo y recibir tratamiento terapéutico¹⁸⁵. El principio de culpabilidad no armoniza pues con el concepto de resocialización. Por ello es absolutamente correcto, cuando la comisión de trabajo de juristas socialdemócratas, en el punto álgido del movimiento reformador preventivo-general en Alemania, solicitó «la disolución del Derecho penal de la culpabilidad mediante un Derecho de medidas orientadas según la realidad social», que «se orienta en las necesidades del autor y la sociedad, y rechaza la retribución de la culpabilidad como finalidad de las sanciones del Derecho penal¹⁸⁶».

A esto se suma, lo que ya se dijo en relación a la finalidad de seguridad que se supone poseen las teorías preventivo-generales: Esperar a que se produzca un hecho es verdaderamente un mal comienzo desde el punto de vista preventivo. Un proceso resocializador debería consecuentemente iniciarse cuando alguien se encuentra ya con una gran predisposición para la criminalidad, aunque no haya cometido todavía ningún delito¹⁸⁷. Preguntado a modo de ejemplo: ¿Por qué va a necesitar alguien una terapia a causa de un déficit de socialización existente ya desde hace tiempo, sólo cuando ya ha cometido un asesinato, y no antes, por ejemplo cuando ha planeado éste, se ha decidido y ha esperado el momento oportuno para cometer el hecho, o incluso todavía antes? Si se tiene en cuenta que la socialización «suficiente» del Hombre no sigue un principio de «todo o nada», sino, antes bien, que el Hombre está *más o menos* acomodado a la sociedad, esto es, que los límites a tener en cuenta son difusos, quedaría desbaratada la conquista liberal que llamamos el *principio del hecho*, según el cual el Derecho penal no conoce de límites difusos, sino que la responsabilidad se establece sólo a través de un marco fijado por las descripciones del comportamiento punible recogidas en el tipo. Los procedimientos adecuados para la prevención especial no pueden restringirse, empero, a tal marco de lo recogido en el tipo, sino que una prevención especial efectiva y consecuen-

¹⁸⁵ Véase sobre esto Roxin, *AT*, 316; *el mismo*, *JuS* 1966, p. 379; Jakobs, *AT*, 145; Hassemer, *Einführung*, p. 291; Jescheck, *AT*, p. 67; Schmidhäuser, *AT*, 317; Stratenwerth, *AT*, número marginal 20.

¹⁸⁶ Cfr. Ostendorf, *ZRP* 1976, p. 283 con más referencias bibliográficas; además Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 148 s. (especialmente nota 3); Mergen, *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, p. 226.

¹⁸⁷ Birkmeyer, *Studien*, p. 2; Jescheck, *AT*, p. 67; Hoerster, *ARSP* 58 (1972), p. 559. Cfr. también Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 138 s.; *el mismo*, *Rechtsphilosophie*, 8.0 ed., p. 264; Plack, *Die Gesellschaft und das Böse*, p. 118.

se tendría que extender¹⁸⁸ ciertamente a situaciones de paro, de vagancia¹⁸⁹, de deudas, de problemas familiares, de drogadicción, de problemas de vivienda etc., lo que en definitiva supondría una intromisión del Estado en los ámbitos de la vida privada¹⁹⁰. Además el reproche del hecho mediante la pena en un sistema resocializador no tendría sentido, ya que el hecho, según lo dicho, no puede sino ser visto como el síntoma de una enfermedad, y reprochar una enfermedad no es una reacción que pueda ser considerada adecuada en un mundo desmitificado¹⁹¹. Las ideas político-criminales de v. Liszt conducen en definitiva de forma inequívoca al más puro Derecho penal de autor¹⁹²; sólo un convencimiento jurídico-liberal más aparente que real por parte de este autor¹⁹³, un convencimiento que admitía tan sólo actuaciones coactivas perfectamente delimitadas¹⁹⁴, le permitió —de manera pues en sí paradójica—¹⁹⁵ aferrarse al sistema del Derecho penal del hecho¹⁹⁶.

«Tengo que confesar que quizá una de las consecuencias de nuestro punto de vista sería tener en cuenta la convicción del autor y con ello no tener que esperar al hecho; igual que el médico de cabecera no espera a que la enfermedad se manifieste, sino que trata a la misma preventivamente. Y de hecho no rehuimos esta consecuencia cuando se trata de niños que todavía no han cometido delito alguno pero que están abandonados; para protegerlos de mayores faltas de cuidado se les envía a un centro de educación obligatoria. El proceder frente a adultos es por contra otro. La pena significa un ataque a la libertad individual que no puede ser impuesta si no existe ya seguridad, y no simplemente sospecha, si no existe el hecho y no sólo los pensamientos delictivos¹⁹⁷.»

Así pues, según esto, también para v. Liszt se tiene en cuenta que ha sucedido un hecho para imponer una pena. Pero ésta se impone en ver-

¹⁸⁸ Birkmeyer, Studien, p. 6; Jakobs, AT, 1/41; Roxin, AT, 316.

¹⁸⁹ Cfr. también Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, p. 148.

¹⁹⁰ Hoerster, ARSP 58 (1972), p. 559, señala como una «gran liberalidad de una autoritarismo liberal», «el intervenir en la planificación autoresponsable del individuo sin antecedentes penales».

¹⁹¹ Cfr. Jescheck, AT, p. 67.

¹⁹² V. Liszt, Aufsätze, p. 80 desea tener la «fuerza para sustituir nuestros códigos penales por el parágrafo único siguiente: Todo hombre que resulte peligroso para la generalidad hay que mantenerlo inocuo tanto tiempo como se pueda en interés de la colectividad».

¹⁹³ Una crítica sobre esto muestra Naucke, ZStW 94 (1982), p. 545 s.

¹⁹⁴ Véase por ejemplo v. Liszt, Aufsätze II, p. 80, donde señala el código penal como la «magna charta del delincuente».

¹⁹⁵ Véase v. Liszt, Aufsätze II, p. 80; Naucke, ZStW 94 (1982), p. 541.

¹⁹⁶ Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, p. 42, 55.

¹⁹⁷ V. Liszt, Aufsätze II, p. 16.

dad con ocasión de un hecho, y no precisamente a causa de un hecho, no «quia peccatum est», esto es, no por el hecho mismo, sino porque mediante el hecho el autor se ha mostrado como un factor perturbador de la sociedad. Bajo el aspecto de la prevención especial el hecho que se llevó a cabo —en palabras de Kohlrausch— «sólo se tiene en cuenta, en tanto es un síntoma de la capacidad de corrección o de incorregibilidad¹⁹⁸.» En cualquier caso, según lo explicado, no existe un contexto funcional entre hecho y pena, puesto que frente al hecho en sí, la pena resulta inoperante.

Por todo lo dicho resulta claro que una concepción de resocialización que sea consecuente no puede ser seguida como teoría de la pena, sino que, antes bien, en el fondo conduce a la abolición del Derecho penal¹⁹⁹ y su sustitución por un sistema de medidas terapéuticas —que si se lleva a cabo asimismo consecuentemente resultaría de tendencia totalitarista—²⁰⁰. No por casualidad se plantean críticas al Derecho penal precisamente desde perspectivas resocializadoras²⁰¹. La teoría de la «pena» de la prevención especial positiva es pues una especie de caballo de Troya del Derecho penal.

Para evitar malentendidos hay que aclarar por último, que con lo dicho no se está en contra de una ejecución de la pena que cree posibilidades de resocialización. Al contrario: Pero resocialización no es en sí un fin, ni siquiera un fundamento de la pena²⁰². La resocialización debe limitarse a ser una oferta del Estado a la hora de la ejecución de la pena, una oferta que atiende en cualquier caso la voluntad libre del interesado. No se trata de una tarea jurídico-penal, sino de una tarea del Estado social, tarea que tiene que tomar en cuenta las finalidades que por otros caminos son otorgadas a la pena²⁰³.

¹⁹⁸ Kohlrausch, Güterbock-FS, p. 16.

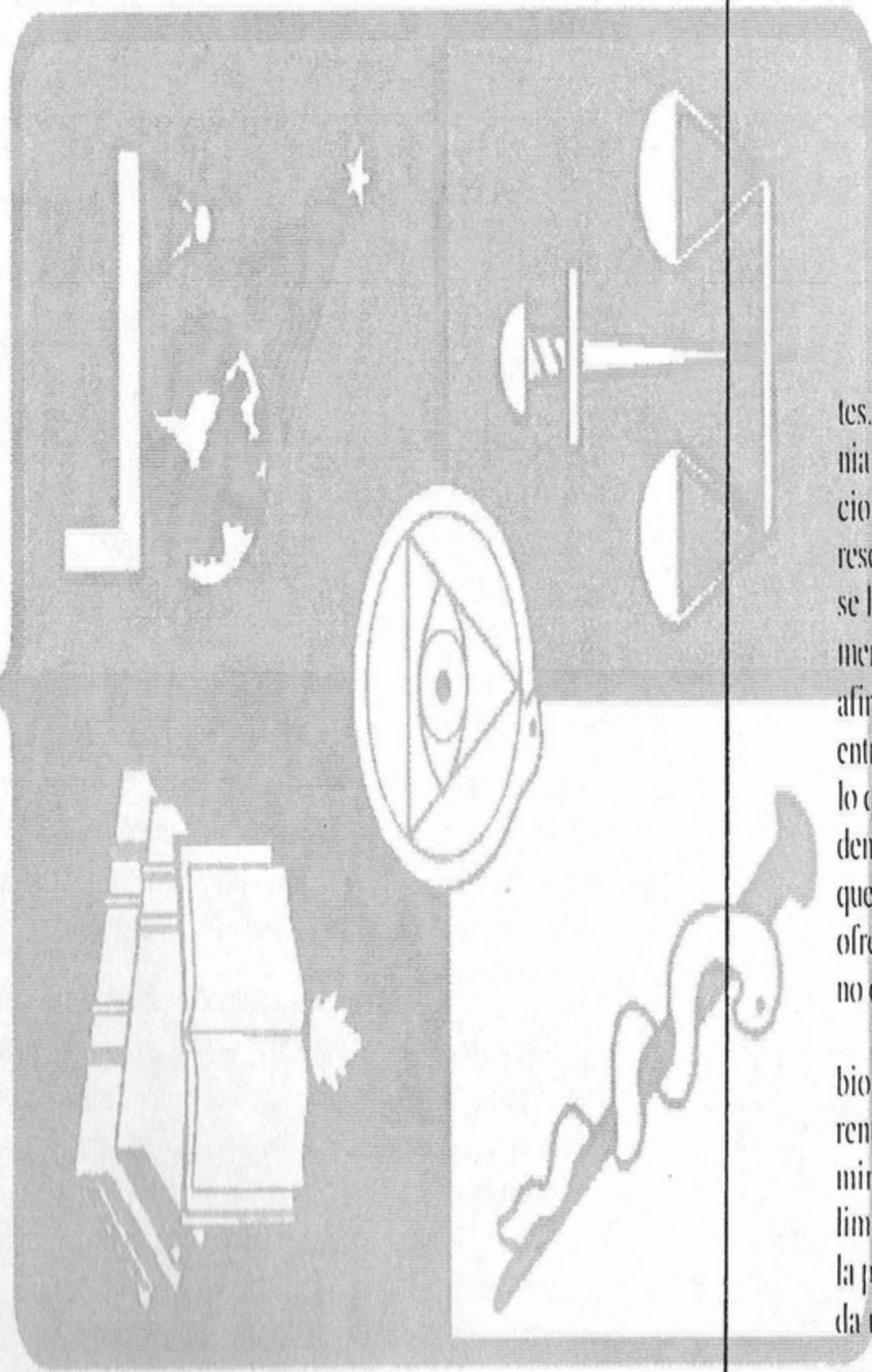
¹⁹⁹ Esto ya ha sido señalado por Birkmeyer, Studien, p. 1 ss.

²⁰⁰ Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, p. 148 s.; el mismo, Rechtsphilosophie, p. 264 s.; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, p. 203 s.; Jescheck, AT, p. 67; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, p. 25 s., 54 ss.; Radbruch, Einführung, p. 152, ha propuesto consecuentemente que entonces el juez penal debería llevar a cabo mayores tareas de cuidado y seguridad, y convertirse por tanto en una especie de funcionario de asuntos sociales, de diagnóstico y terapia social.

²⁰¹ Cfr. Havsemer, Einführung, p. 289; Bock, JuS 1994, p. 95; Mergen, Die Wissenschaft vom Verbrechen, p. 226 ss.; Plack, Die Gesellschaft und das Böse, p. 110 ss.

²⁰² Como aquí, Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, p. 202; Schmidhäuser, AT, 311.

²⁰³ Cfr. Jakobs, AT, 1/50 in fine.



IV. TEORÍAS DE LA UNIÓN

Desde siempre ha habido «teorías de la unión» en diferentes variantes. En las denominadas «teorías de la unión aditivas»²⁰⁴, que en Alemania se encuentran representadas especialmente por el Tribunal Constitucional²⁰⁵, «la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del autor, la expiación y la retribución por el injusto que se ha llevado a cabo» constituyen, como *Callies* ha señalado acertadamente, «un mismo puchero en el que todo se mezcla y lo incompatible se afirma como compatible», un «mercado de posibilidades incompatibles entre sí, del que cada cual, atendiendo a la oportunidad política, se sirve lo que desea libremente»²⁰⁶. Que tal teoría no es consistente, resulta evidente. En efecto, la suma desordenada de diversas finalidades de la pena que entre sí no resultan compatibles y que por ello colisionan, no sólo no ofrece la disolución de las contradicciones planteadas, sino que además no es adecuada para eliminar las insuficiencias de las distintas teorías²⁰⁷.

La denominada «teoría de la unión dialéctica» se presenta, en cambio, con la pretensión de aunar los «aspectos acertados» de las diferentes teorías de la pena en una «concepción superadora» y de suprimir las debilidades mediante un «sistema de complementación y limitación»²⁰⁸. Los fines de la pena son pues los diferentes aspectos de la prevención general y especial.²⁰⁹ La mayoría de las veces se remienda una teoría de la unión mediante el principio de culpabilidad como

²⁰⁴ La denominación procede probablemente de *Roxin*, JuS 1966, p. 389; cfr. también, *el mismo*, AT, 3/34.

²⁰⁵ BVerfGE 39, I, 57; 45, 187, 253 s.

²⁰⁶ *Callies*, NJW 1989, p. 1339.

²⁰⁷ Cfr. también *Roxin*, JuS 1966, p. 387.

²⁰⁸ *Roxin*, AT, 3/35.

²⁰⁹ Así por ejemplo *Rudolphi*, Der Zweck staatlichen Strafrechts, p. 71 s.; *Roxin*, AT, 3/35 ss.; *Jewcheck*, AT, p. 58 ss.

factor limitador²¹⁰, principio que como vimos es propio de las teorías de la retribución, a veces mencionándolo expresamente²¹¹, a veces reprobando en sí la retribución como fin de la pena. Pero la llamada teoría de la unión dialéctica está muy por debajo de sus propias pretensiones. En efecto, a causa de las inevitables contradicciones de los fines concretos en los que se basa, lo único que puede llevar a cabo es una «ponderación recíproca y una ordenación», por cuanto «unas veces un punto de vista, otras veces otro, pasa al primer plano de atención»²¹². Pero tal proceder no es sino el ya criticado de las «teorías de la unión aditivas» que «sin un criterio determinado va de acá para allá entre diferentes finalidades de la pena, que hace una concepción unitaria de la pena como medio de satisfacción social imposible»²¹³. En especial, no se resuelven satisfactoriamente las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad: El punto de vista retrospectivo de la compensación de la culpabilidad y el prospectivo de la prevención se encuentran absolutamente desligados e incompatibles. La combinación de diferentes finalidades de la pena no conduce ni mucho menos a la desaparición de las insuficiencias de las que adolecen por separado cada una de ellas. Aunque se pueda argumentar que las contradicciones que se originan entre las diferentes finalidades de la pena pueden ser superadas remarcando un fin en detrimento de otro, no es menos cierto que las deficiencias de la prevención general y las de la prevención especial no sólo se encuentran en sus mutuas antítesis, sino que se fundamentan, como ha sido expuesto con detalle, de forma mucho más profunda.

El problema de las teorías de la unión reside en definitiva en su carácter ambiguo: No están en condiciones ni de dar a la finalidad de la pena estatal una dirección y un fundamento consistente, ni de proponer una regla funcional que conceda preferencia a una teoría o a otra en los puntos de colisión. Las teorías de la unión sólo pueden entenderse como meras propuestas que no pueden ser fundamentadas de una forma convincente²¹⁴. Además de esto, el principio de compensación de la culpabilidad pierde su función originaria de fundamentación de la pena y queda reducido a tan sólo un criterio delimitador de la pena que no puede ser aclarado funcionalmente.

²¹⁰ Roxin, AT, 3/46 ss.; LK-Jescheck, Introducción, número marginal 33; en sentido parecido, Baurmann, Strafe im Rechtsstaat, p. 141 ss., aunque denominándolo «principio de proporcionalidad».

²¹¹ Así por ejemplo Jescheck, AT, p. 58 ss.; LK-Jescheck, Introducción, número marginal 31; probablemente también Baurmann, Strafe im Rechtsstaat, p. 122 ss.

²¹² Roxin, AT, 3/39 ss.; Jescheck, AT, p. 67 ss.; LK-Jescheck, Introducción, número marginal 31.

²¹³ Roxin, AT, 3/34.

²¹⁴ AK-Hassemer, previo al § 1, número marginal 428.

V. RESUMEN

Resumiendo se puede concluir, que las teorías relativas que operan con los modelos preventivos expuestos, en su conjunto no son plausibles. A modo de síntesis, se pueden exponer los reproches fundamentales —aun hoy vigentes— tal y como los formuló ya en el siglo pasado el egregio penalista *Karl Binding*, un vehemente defensor de la teoría de la retribución. Veámoslo²¹⁵:

«En verdad, la teoría relativa ve en la acción culpable del delincuente un presupuesto necesario de la pena, pero no precisamente el fundamento de la misma. Muy por el contrario, el delito constituye sólo un síntoma para la existencia de un fundamento de la pena, que se encuentra ajeno a ella (...). El auténtico fundamento de la pena en las teorías relativas es un peligro que se ha hecho patente por medio del delito, pero de ninguna manera, un peligro amenazante para la seguridad futura de la sociedad (...). La llamada teoría intimidatoria no impone una pena al asesino porque haya asesinado, sino porque además de él, en su mismo país vive un pueblo con afanes asesinos que debe ser intimidado de posteriores delitos mediante el ejemplo que advierte. La teoría de la corrección, que en la práctica parece resultar tan benefactora, encarcela [en realidad] al ladrón, no porque haya violado bienes y libertad ajenos, sino porque se ha mostrado como componente inseguro de la sociedad, y porque en esa falta de seguridad moral dormitan futuros peligros.

A pesar de la gran admiración por la agudeza y por los nobles sentimientos de algunos de los defensores de las diferentes teorías relativas, no puede ocultarse su inconsistencia científica. El delito no es

²¹⁵ Binding, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart IV, 1877, p. 420 s.

Según éstas— motivo, sino sólo presupuesto necesario de la pena. Pero ¿por qué? ¿Por qué sólo se pena después de que se ha delinquirido? ¿Por qué es el delito el único síntoma mediante el cual se pueden conocer los peligros que amenazan a la sociedad? ¿Cómo llega entonces la teoría relativa a la punición de un hecho que no es fundamento de la pena, de un hecho que sólo ha destapado el verdadero fundamento de la pena, esto es, la inseguridad de la sociedad? ¿No sería más correcto otorgarle el agradecimiento de la sociedad? ¿No sería desde este punto de partida, tan sólo admisible responder al delito con una mejora de los mecanismos de culpabilidad y policía? ¿Y cómo puede la teoría relativa justificar el degradar al delincuente, esto es, a un Hombre, como objeto del experimento consistente en saber si mediante la punición se pueden impedir fuentes de futuros males para otros Hombres igual que él? Más aún, puesto que este experimento en muchos casos no tiene éxito —como lo demuestra la pena—, y su único motivo sería la utilidad, (equivoca su fin! (...)). Pero una teoría de la pena que no sabe explicar por qué se impone ésta, por qué sólo se impone después de que se ha cometido el delito, por qué se le impone al delincuente a pesar de que su hecho no supone el fundamento jurídico de la pena, (...) tal teoría, no puede ya pretender un sitio en nuestra ciencia.»

VI. RECONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA FUNCIONAL DE LA RETRIBUCIÓN

En la época, en la que el historiador *Victor Achter* sitúa el «nacimiento de la pena», alrededor del 1100, esto es, en los albores del derecho germánico, el «derecho penal» todavía vivía apegado al resultado de la denominada «acción mala»²¹⁶. La acción mala, ante la que se reaccionaba por medio de la «pena», era algo absolutamente objetivo, una perturbación, un desorden. Dicho de otro modo: Lo único que interesaba «jurídicopenalmente» era no el autor, sino el hecho, y en verdad, en la medida que había lesionado la ordenación de la vida, el cosmos de la Edad Media. Puesto que había acaecido un desorden, había que eliminarlo lo antes posible. La consecuencia jurídica, a la que *Achter* todavía negó la denominación de «pena», era pues un «medicamento para sanar», un medio para «arreglar una grieta en el edificio del mundo»²¹⁷. Se impone una «pena» *quia peccatum est*.

Pero tras ese «nacimiento de la pena» comienza a cambiar el contenido ético de su concepto²¹⁸. Desde entonces la dogmática jurídico-penal tradicional no sitúa ya el fin de la pena en la restitución del orden perturbado, sino en el enjuiciamiento ético del hecho como *malitia*, como *iniquitas*, así como el enjuiciamiento del autor como *perversus homo*, como Hombre reprochable desde el punto de vista ético²¹⁹. La escuela sociológica del Derecho penal de los sucesores de *v. Liszt* con-

²¹⁶ *Achter*, *Geburt der Strafe*, p. 13.

²¹⁷ *Idem*, p. 18.

²¹⁸ Sobre esto, detallado, próximamente, *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, cap. 1.1, V., 3.

²¹⁹ Detallado, *Achter*, *Geburt der Strafe*, p. 12 ss., 102 s. El juicio de culpabilidad en la interpretación hoy día más difundida, como reprochabilidad basada en el libre albedrío (fundamental sobre esto la sentencia del BGHSt 2, 194, 200) no es otra cosa que un juicio de valor sobre el autor (*exempli causa*: *Haft*, *Der Schuldiallog*, p. 31 ss.

después a una interpretación patológica del comportamiento desviado y convirtió al autor en un enfermo, en un objeto necesitado de educación y resocialización²²⁰, que tiene que adaptarse de forma coactiva — en la medida de lo posible — a las convicciones dominantes. Con ello se continuó con el cambio de parámetros que ya la dogmática del Derecho penal con contenido ético había iniciado, a saber, se trasladó la mirada desde la perturbación en sí, al perturbador²²¹, esto es, del Derecho penal del hecho al Derecho penal de autor²²². De otro lado, fundamentaciones de la pena general-preventivas han proclamado en definitiva la instrumentalización del autor en favor de la función de policía del Estado, de tal forma que se abusa del autor en interés de la defensa de futuros peligros para disciplinar a otros destinatarios de la norma; se intimida en pro de un afianzamiento de «los sentimientos de convicción en el Derecho» o de un «ejercitamiento en el reconocimiento de la norma», lo que significa —hablando en palabras de Kant— mezclar al autor entre los objetos del Derecho de cosas²²³.

Kant y Hegel intentaron volver hacia atrás. Fundamento y función de la pena sí que podían englobarse bajo la misma categoría, porque el punto de vista de ambas era retrospectivo, su mirada se dirigía al orden perturbado mediante el hecho, que había de ser reparado mediante la pena²²⁴. En Kant, de todas formas, todavía se trata de un orden de Justicia fundamentado de una forma metafísica, pero en la teoría de la pena de Hegel se trata ya de un fenómeno social, a saber, del Estado, del ordenamiento

y *pássim*, que contrapone la pena por la culpabilidad localizada en el ámbito ético y la retribución que compensa por el hecho; véase también sobre esto Baratta, *Philosophie und Strafrecht*, p. 277 s.), esto es, en definitiva, una minusvaloración del individuo (Jakobs, AT, 17/23).

²²⁰ Herzog, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, p. 35, 37.

²²¹ Cf. Acher, *Geburt der Strafe*, p. 14.

²²² Cf. por ejemplo Rieß, FS Schäfer, p. 162, 179; Krauß, FS Schaffstein, p. 429; además: AF/Novelle para el StPO y la reforma del proceso principal, ed. por una comisión alternativa de penalistas alemanes y suizos, 1985, p. 3. Una «creciente orientación al autor, del Derecho penal material y formal» es constatada por Albrecht, *KritV* 1986, p. 68. Crítico al respecto Frehsee, en: *Täter-Opfer-Ausgleich*, p. 54; Jakobs, AT, 1/11 ss. Sobre la discusión histórica, cf. Birkmeyer, *Studien*; Rohland, *Die soziologische Strafrechtslehre*, p. 38 ss.; detallado sobre todo esto, próximamente, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, capítulo I.1, V. con multitud de referencias bibliográficas.

²²³ Kant, *Metaphysik der Sitten*, p. 158 s.; Feuerbach, *Lehrbuch*, §§ 12, 17-20; Binding, *ZSchr für das Privat- und öff. Recht der Gegenwart IV* (1877), p. 421; Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 15; E. A. Wolff, *ZStW* 97 (1985), p. 796, 798, 802 ss., 806 ss.; H. Mayer, FS Engisch, p. 64 ss.; Naucke, en: Hassemmer, *Grundprobleme der Generalprävention*, p. 14 s.; Roxin, *JuS* 1966, p. 380; Köhler, *Der Begriff der Strafe*, p. 14 s.; Seelmann, *ZEF* 1981, p. 46; Lesch, *Sukzessive Beihilfe*, p. 233 ss. y *pássim*.

²²⁴ Cf., en otro sentido, Mergen, *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, p. 222.

jurídico, esto es, de aquel orden, que en definitiva sienta las bases elementales de la coexistencia social. Por ello es de todo punto erróneo, olvidar este aspecto social de la teoría de la retribución de Hegel. — ¿En dónde reside pues la función social de la pena, que ya en la teoría de Hegel de la «negación de la negación» se encuentra delineada?²²⁵

Cuando alguien se adentra en el mundo de la Naturaleza, alberga determinadas expectativas cognitivas, por ejemplo del tipo: «Los árboles no se caen, los puentes no se desploman» etc. Estas expectativas tienen su origen en procesos de aprendizaje del trato con la Naturaleza. Si alguien no ha aprendido a confiar en determinadas regularidades de la Naturaleza, por ejemplo, si tuviese que contar continuamente con que los árboles se caen y los puentes se desploman, no podría arreglárselas en la Naturaleza. Por otra parte, el Hombre también tiene que poder recurrir a expectativas semejantes cuando trata con otros Hombres, en el ámbito del contacto con los otros, de las relaciones sociales²²⁶. La orientación en los contactos sociales es tan sólo posible, cuando no hay que contar en todo momento con cualquier comportamiento de los otros, puesto que si no el más mínimo contacto social estaría asociado a un riesgo incalculable. Como la atención que se puede prestar al comportamiento de los otros es escasa, hay que poder confiar aquí también en determinadas regularidades. Ya el hecho de aventurarse a un contacto social es una señal de que en realidad no se espera del otro un *output* totalmente indeterminado. Ejemplo: Cuando alguien se sienta en clase, confía en que su compañero no le va a hurtar la cartera, ni le va a clavar un cuchillo en el estómago etc.

De todas formas, en ocasiones ocurre, que las expectativas de la Naturaleza se ven defraudadas, así, a veces, sucede que un árbol o un puente caen. En épocas pasadas, se hizo responsable de estas defraudaciones —entre otras— a la Naturaleza, y así por ejemplo, se latigaba al mar cuando se hundía un barco. En el mundo actual, desmitificado, tal reacción no sería ya una reacción adecuada. Se sabe que la Naturaleza se rige por determinadas reglas y que las mismas son inmutables. Por ello se reconduce la defraudación al *propio* comportamiento, en este caso a un comportamiento incorrecto, y cada cual trata de acomodarse a esas reglas, se aprende para el futuro a comportarse de otra manera, a tener más cuidado etc. Este tipo de asimilación de las defraudaciones se denomina aprendizaje cognitivo.

²²⁵ Véase sobre lo siguiente, Jakobs, AT, p. 1/4 ss.; Neumann/Schroth, *Kriminalität und Strafe*, p. 101 ss.; Lesch, *Sukzessive Beihilfe*, p. 240 ss.; próximamente, *el mismo*, *Der Verbrechensbegriff*, capítulo 2.1, I. 2 y 3.

²²⁶ Véase Luhmann, *Vertrauen*, p. 1 ss.; *el mismo*, *Rechtssoziologie*, p. 31 ss.

Lo dicho no rige, en cambio, cuando se trata de la vida social —exceptuando el trato con niños, enfermos mentales o casos parecidos—. Cuando se tiene enfrente también a una persona, que defrauda expectativas garantizadas jurídicamente, *precisamente no hay que adaptarse* a esa defraudación, no hay pues que solucionar el conflicto volviendo a aprender algo, por ejemplo, llevando puesto en el futuro un chaleco antibalas cuando se sale fuera de casa, armándose hasta los dientes o contratando un guardaespaldas etc. Muy por el contrario se puede reaccionar de otra forma: Se asocia el conflicto no ya con un comportamiento propio, sino con un comportamiento incorrecto del autor, de tal forma que la víctima se mantiene contrafácticamente en su expectativa. Contrafácticamente significa: en contra de lo sucedido. Aquí es donde se fija la función de la pena: Se trata de atender y canalizar las defraudaciones de expectativas, para lograr ante todo la posibilidad de seguir esperando contrafácticamente, en contra de la defraudación, en definitiva, para seguir esperando de forma normativa. Hay que demostrar, no sólo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada.

Este fenómeno se puede explicar de forma sencilla a modo de diálogo, a modo de rivalidad entre dos concepciones del mundo diferentes²²⁷. Ejemplo: X va andando por la calle con su cartera; él puede esperar que se puede ir por la calle con una cartera sin traba alguna. El autor Z, que roba la cartera de X, esboza el mundo de distinta manera: él dice lo contrario, a saber, que no se puede ir por la calle con carteras sin traba alguna. Mediante la pena se demuestra que el esbozo del mundo realizado por el autor Z no marca la pauta, y que la expectativa normativa que orientó el comportamiento de X sigue vigente, tanto antes, como después de actuar Z. Formulado de otra manera: La pena, como reacción al conflicto, no debe ser vista como un mero suceso exterior causal — así como tampoco lo es el quebrantamiento mismo de la norma —, pues en este caso se llegaría a la —ya censurada por Hegel— secuencia de dos males. Por el contrario, la pena tiene un significado muy concreto, consistente en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia. Se muestra que el autor no ha organizado el mundo de forma correcta: por ello se le retiran medios para seguir organizando. Delito (quebrantamiento

²²⁷ Jakobs, AT, 109 ss.; Derksen, GA 1993, p. 170.

de la norma) y pena se localizan pues en el mismo plano, en el plano del significado, y no en aquél, tan sólo exterior, empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito. Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y réplica²²⁸. Explicado de nuevo mediante nuestro ejemplo: El desvalor del robo cometido por Z ante el cual reacciona la pena, no reside en la pérdida de la cartera por parte de X —esta parte del conflicto le corresponde al Derecho civil—, sino que se halla en que Z ha afirmado que la norma que protege ir por la calle sin impedimentos con la cartera, no tiene vigencia. O: El mal específicamente jurídico-penal de un homicidio, no es el cadáver de la víctima —ese daño es, además, irreparable—, sino el ataque del autor a la vigencia de la norma que prohíbe matar. En palabras de Hegel: «Al matar, afirma como universal, que está permitido matar»²²⁹. Mediante la pena se refuta esta afirmación del autor y se demuestra para todos que, tanto antes como ahora, la norma tiene vigencia, y que aquel que se orienta de acuerdo con ella estará actuando correctamente, en consonancia con el Derecho, así como que puede seguir amparando sus expectativas en expectativas de expectativas de terceros²³⁰.

Resumo el razonamiento expuesto: La pena sirve para la estabilización de expectativas, expectativas que se pueden abrigar en la vida en sociedad; éstas, en caso de defraudación, no deben decaer, sino que pueden mantenerse contrafácticamente. El delito, el hecho del autor, es un esbozo del mundo que se contrapone, contradiciéndolo, al esbozo del mundo que por su parte realizó la víctima. Puesto que el esbozo del mundo de la víctima se corresponde, empero, con una expectativa normativa, generalizada y garantizada por el Estado, el conflicto es público, y el esbozo del mundo de la víctima se reafirma pues ante todos, ante la sociedad en su conjunto: todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma. «El contenido de una pena así entendida no es», afirma Jakobs, «que el autor en el futuro no delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de las normas»²³¹. Esto no debe ser entendido como si la finalidad del Derecho penal fuese un «ejercicio en la confianza normativa» en un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente²³², algo así como un querer y poder que la pena despliegue sus efectos realmente de forma con-

²²⁸ Jakobs, AT, prólogo p. VII.

²²⁹ Illing, Wannemann-Mitschrift, p. 70.

²³⁰ Sobre la función de terceros, véase Luhmann, Rechtssoziologie, p. 65 ss.

²³¹ Jakobs, ZStW 101 (1989), p. 517.

²³² Así, en cambio, por ejemplo Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts, p. 71; el mismo, FS Jescheck, p. 570; Schöch, FS Jescheck, p. 108-4; Kindhäuser, GA 1989, p. 497.

trafáctica, que se confía en la vigencia de la norma. Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también uno puede continuar orientándose según la norma; que uno se encuentra en consonancia con el Derecho cuando confía en la vigencia de la norma²³¹.

Esta teoría de la pena, que ha sido presentada brevemente, suele ser designada con el nombre de «prevención general positiva». Esta denominación no me parece acertada y, debido al peligro de confusión con algún otro efecto que igualmente es descrito bajo este mismo rótulo —y que ya se expuso—, además, poco afortunada²³⁴. En efecto, no se trata aquí de fines preventivos²³⁵, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista²³⁶. Es absoluta, porque se pena «quia peccatum est» y no «ne peccetur». Es relativa, porque esa punición no es «absoluta ab effectu», no es fin en sí misma, sino que tiene una función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad²³⁷. Esto es lo único que respeta el principio de culpabilidad: el autor responde sólo por su culpabilidad²³⁸. Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden²³⁹.

Desde un punto de vista histórico, la pena pública cumple además otra función. En efecto, su establecimiento con el proceso inquisitorial penal del Estado Absolutista tenía como meta que las partes que se

²³¹ En este sentido, ya anteriormente, *Lesch*, *Sukzessive Beihilfe*, p. 248 s.

²³⁴ El planteamiento de una diferenciación se encuentra ya en *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 33 s., 101 ss.

²³⁵ De otra opinión *Jakobs*, *AT*, p. 1/14.

²³⁶ Véase también v. *Gemmingen*, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, p. 39 s. Una teoría de la pena «absoluta» no tiene pues que carecer necesariamente de finalidad y sentido, cfr. *Köhler*, *Der Begriff der Strafe*, p. 14; *von der Lindt*, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, p. 164 s., 188 s.; v. *Hippel*, *Deutsches Strafrecht*, p. 486, 496 s. Se demuestra también que la división entre limitación y finalidad de la pena, en contra de lo argumentado por *Neumann/Schroth*, *Kriminalität und Strafe*, p. 27, precisamente no es la consecuencia necesaria de la «secularización».

²³⁷ *Jakobs*, *ZStW* 107 (1995), p. 844; *Lesch*, *JA* 1994, p. 596 s.; también así, *AK-Hussemer*, previo al § 1, número marginal 414.

²³⁸ Véase sobre ello, *H. Mayer*, *FS Engisch*, p. 79.

²³⁹ La realización antijurídica del tipo es pues un elemento de la culpabilidad, véase *Jakobs*, *AT*, 17/2; *Stratenwerth*, *FS Schaffstein*, p. 184; *Armin Kaufmann*, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*; *Lesch*, *Sukzessive Beihilfe*, p. 234. Sobre la identidad del concepto de injusto jurídico-penal con el concepto de culpabilidad, próximamente, detallado, *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, capítulo 2.1, I. 5.1 y pássim.

encontraban en disputa, renunciaran a venganzas, hostilidades y realización del propio derecho. Era pues una necesidad obvia que la autoridad atendiese a esas exigencias con el monopolio de uso de la fuerza que él mismo se había asignado. Visto así, la pena pública y la canalización del conflicto hacia el procedimiento formalizado que ésta implica, representa una importante aportación a la pacificación de la sociedad²⁴⁰.

La teoría de la pena de *Hegel* ha demostrado ser pues una concepción ciertamente moderna. Solamente hay que liberarla del idealismo que va asociado a ella, de la creencia por tanto, de que el Estado y el Derecho son «lo absolutamente racional» (hoy en día se definiría más bien el Derecho como un intento de alcanzar una convivencia racional). La pena se legitima sólo mediante la legitimidad del orden mismo para cuyo sostenimiento se impone²⁴¹. *Hegel* presupuso esta legitimidad con la equiparación de razón y orden. Tras la caída de la filosofía idealista y de todas las concepciones del Derecho natural, deberíamos hablar hoy de una legitimación de la pena tal y como ha sido desarrollada por el sociólogo alemán, recientemente fallecido, *Niklas Luhmann*, en su conocida obra «*Legitimation durch Verfahren*», legitimación por medio del procedimiento²⁴². Pero esto no pertenece a la materia de este estudio.

Si hay equivalentes funcionales para la pena como «lesión de la lesión» de *Hegel*, la pena no sería necesaria²⁴³. Así pues, si bien es cierto que la pena, según el concepto, es absoluta, también lo es que en su conformación concreta es relativa según el estado correspondiente de la sociedad —lo que ya fue conocido por *Hegel*, al menos, en parte—²⁴⁴. Por otra parte, lo que aquí ha sido desarrollado siguiendo a *Hegel* es un Derecho penal cívico o civil de la culpabilidad. Pero puede que las circunstancias sean de tal modo que el referido Derecho penal cívico de la culpabilidad se encuentre en situaciones límite en las que la función de seguridad del Estado ocupe un primer plano. El Derecho penal funciona en el sentido hegeliano descrito sólo en una sociedad que en líneas generales se encuentre intacta, con un orden relativamente estable²⁴⁵.

²⁴⁰ *Leonschick*, *Fittl*, 1992, p. 254; *Jeschke*, *AT*, p. 57; *Stratenwerth*, *AT*, números marginales, 16 y 30. El momento de la formalización de la resolución del conflicto mediante el Derecho penal público lo resaltan *AK-Hussemer*, previo al § 1, números marginales 301 ss. y *Achenwach*, cit., p. 142 s.

²⁴¹ *Jakobs*, *AT*, 1/20; *Noll*, *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 21.

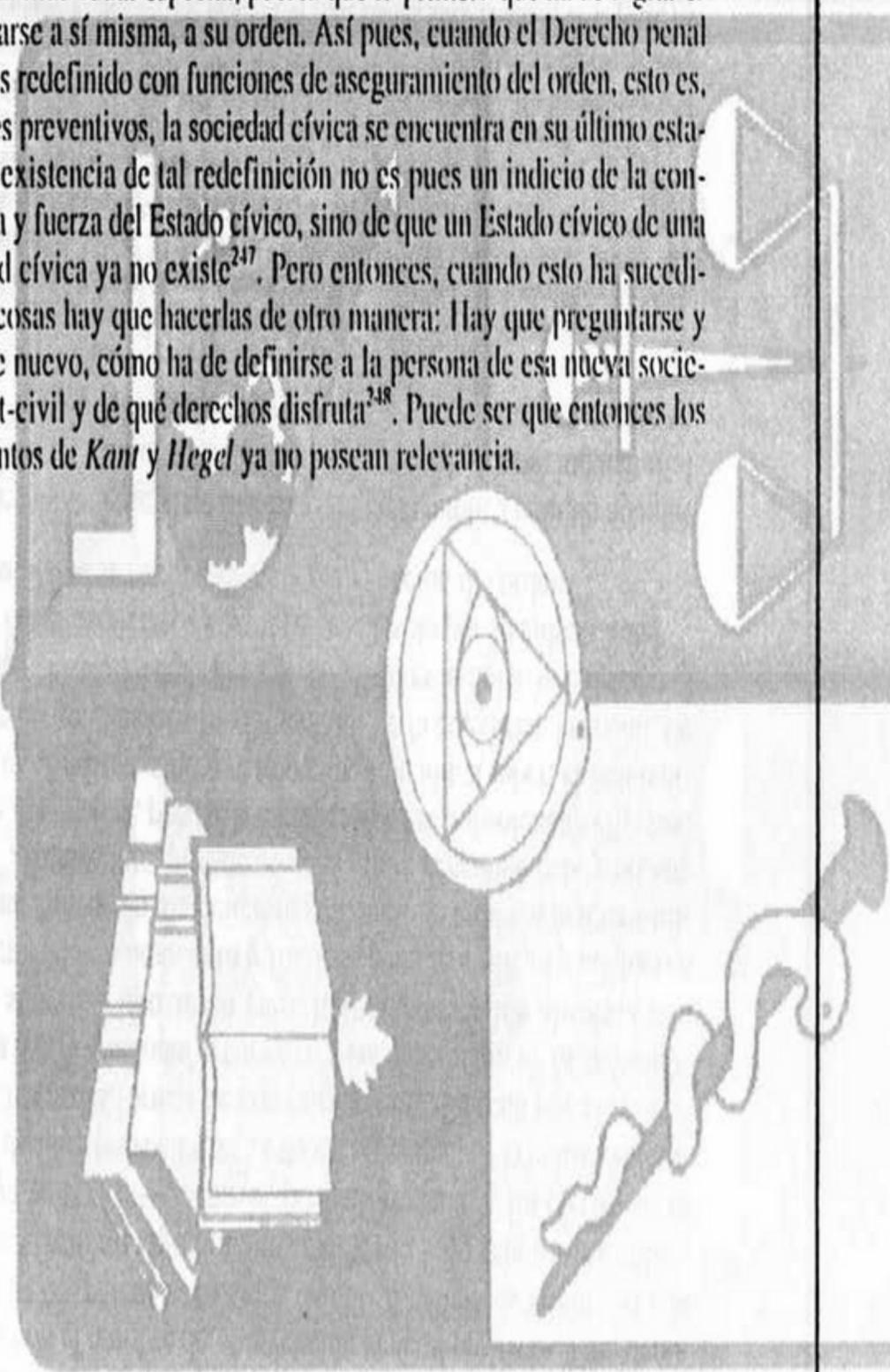
²⁴² *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, p. 11 ss.

²⁴³ *Jakobs*, *AT*, 1/22.

²⁴⁴ *Jakobs*, *AT*, 1/21, 1/23.

²⁴⁵ Esto es a lo que se refiere *Köhler* cuando señala que el Derecho penal sólo puede ser «un medio en el proceso de restitución de un orden jurídico saludable frente a los intentos de socavarla» (*Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts*, p. 10; cursiva del autor).

Así, puede que el desmoronamiento de la sociedad civil (cívica) no mantenga el Derecho penal cívico²⁴⁶. En una sociedad insegura, decadente, que en sí misma ya no se encuentre plenamente definida, en la que se cuestione el ordenamiento en general, rigen otras máximas. Tal sociedad no puede en nombre de la generalidad formular juicios de culpabilidad individual-especial, puesto que lo primero que ha de lograr es encontrarse a sí misma, a su orden. Así pues, cuando el Derecho penal cívico es redefinido con funciones de aseguramiento del orden, esto es, con fines preventivos, la sociedad cívica se encuentra en su último estadio. La existencia de tal redefinición no es pues un indicio de la consistencia y fuerza del Estado cívico, sino de que un Estado cívico de una sociedad cívica ya no existe²⁴⁷. Pero entonces, cuando esto ha sucedido, las cosas hay que hacerlas de otro manera: Hay que preguntarse y tratar de nuevo, cómo ha de definirse a la persona de esa nueva sociedad post-civil y de qué derechos disfruta²⁴⁸. Puede ser que entonces los argumentos de *Kant* y *Hegel* ya no posean relevancia.



ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ABEGG, JULIUS FRIEDRICH HEINRICH, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustadt a.d.O., 1836.
- ACHENBACH, HANS, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín 1974.
- , *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, en: SCHÖNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín/New York 1984, p. 135 ss.
- ACHER, VIKTOR, *Geburt der Strafe*, Frankfurt 1951.
- ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem*, KritV 1986, p. 55 ss.
- AMELUNG, KNUT, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt 1972.
- ASCHAFFENBURG, GUSTAV, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, 3.ª ed., Heidelberg 1923.
- BADINTER, ROBERT, Interview in *Frankfurter Allgemeine Magazin*, 46.ª semana, de 19 del 11 de 1993, Heft 716, p. 62 ss.
- BAR, CARL LUDWIG VON, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlín 1882 (reimpresión Aalen 1974).
- BARATTA, ALESSANDRO, *Philosophie und Strafrecht*, Köln y otras 1985.
- BAUER, ANTON, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurteilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen 1830 (reed. Goldbach 1996).
- BAURMANN, MICHAEL, *Strafe im Rechtsstaat*, en: BAURMANN/KLIEMT, *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Freiburg/München 1990, p. 109 ss.
- BERNER, ALBERT FRIEDRICH, *Ueber den Begriff des Verbrechens*, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, tomo 16, 18-19, p. 442 ss.
- , *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.ª ed., Leipzig 1872.
- BINDING, KARL, *Grundriss zur Vorlesung über Gemeines Deutsches Strafrecht*, Leipzig 1878.
- , *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1, 4.ª ed., Leipzig 1922.
- , *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart IV, 1877, p. 417 ss.
- BIRKMEYER, KARL, *Was läßt von Liszt vom Strafrecht übrig?*, München 1907.
- , *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen*, Leipzig 1909.
- BOCK, MICHAEL, *Prävention und Empirie B Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen*, JuS 1994, p. 89 ss.
- CALLIESS, ROLF-PETER, *Strafzwecke und Strafrecht*, NJW 1989, p. 1338 ss.

²⁴⁶ Así Hassemer en el periódico *Die Zeit*, n.1 49 de 3 de diciembre de 1993, p. 7.

²⁴⁷ Por ello es correcto, cuando Callies, NJW 1989, p. 1338, designa al Derecho penal como barómetro para conocer en qué situación se encuentran Estado y sociedad.

²⁴⁸ El concepto de sujeto no se encuentra pues prefijado ontológicamente, sino que depende de la situación de la sociedad concreta, cfr. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 754 s.