

GÜNTHER JAKOBS

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
Fundamentos y teoría de la imputación

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

2.ª edición, corregida

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

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

I. CONCEPTO DE PENA

- 1 A. 1. El contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (p. ej., en guerra) empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice la eficacia (p. ej., intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir con largueza de miras la paz interna (p. ej., evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia). Por lo que se refiere a la comprensión del sentido del orden, de ésta depende que se entienda a la pena, p. ej., desde la teoría de conflictos, como medio de lucha de la clase dominante o, en general, de grupos dominantes en la sociedad, o como medio de defensa frente a pretensiones de dominio ilegítimas (o intempestivas), que hiera la «espada» de la «superioridad» guiada según ideas religiosas, o que el autor sea castigado por su propia voluntad, porque también él es parte en el contrato social, etc.
- 2 2. Las notas comunes, que existen a pesar de todas las diferencias, y que permiten hablar unitariamente de pena, teniendo en cuenta los distintos órdenes y sus diversos entendimientos, son las siguientes ¹: *La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma* (por «a costa de» se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien). Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación.

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

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

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

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

II. LA TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL POSITIVA ⁵

A. La necesidad de vigencia segura de la norma

1. Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales —los únicos que aquí interesan— ^{5a} sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible ⁶. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se

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

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

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

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

^{5a} No se trata de contactos —naturales, no sociales— con salvajes premorales o de otros marginados de la sociedad; tampoco se trata aquí el origen de la socialidad, sino una condición de su existencia; críticamente, Kindhäuser, GA, 1989, pp. 493 ss., 503.

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

decepciona esa expectativa ⁷, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe reaccionar ⁸, pues con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra: el modelo de orientación del decepcionado debe someterse a revisión.

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

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

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

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

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

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

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

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

B. El carácter público del conflicto

- 8 Evidentemente las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo para reacciones estatales. Incluso si el Estado asumiera la persecución del infractor de la norma⁹ en representación del individuo decepcionado, p. ej., para evitar la justicia al estilo de Lynch, ello daría lugar a un interés público sólo indirecto en la decepción. Pero no hace falta ese rodeo, pues de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público¹⁰, si es que se trata de normas legítimas de Derecho penal. Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social. Ejemplo: La propiedad tiene para muchos el valor propio de los bienes existenciales, mientras que por el contrario la respetan muy poco algunas personas, naturalmente menos numerosas; no obstante, la protección jurídico-penal de la propiedad tiene lugar sin atender precisamente al propietario, y desde luego no sólo por la necesidad, ineludible en la práctica, de generalizar al concebir las normas jurídicas, sino también y previamente por la orientación de la protección al significado de la propiedad para la sociedad en su conjunto. Esta perspectiva pública no excluye que se considere, en un delito contra la propiedad, la afección individual de la víctima, pero esta afección debe ser demostrable a su vez como asunto público (como el efecto coactivo del hurto), si es que ha de influir al menos en la medida de la pena.

C. El significado de la pena

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

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

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

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

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

b) Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma¹¹, debiendo

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

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

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

D. La solución de conflictos sin pena

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

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

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

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

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

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

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

Pero antes de la implantación —al menos actualmente— de ordenaciones utópicas, tanto para los equivalentes funcionales de la pena como para la evitación de conflictos (en el sentido de pérdidas de cualquier clase), surgen costes que deben repartirse (sobre la naturaleza subsidiaria de la pena, vid. *infra* 2/26 ss.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 13b d') La óptima protección cognitiva privada contra la delincuencia es costosa: O debe sustraerse al tráfico el bien protegido, de modo que por lo general pierde su función (el dinero enterrado no produce intereses), o requiere gastos de control (¿quién puede permitirse un vigilante o un guardaespaldas?). El topos más esclarecedor de la teoría del Estado tiene por contenido que esta debilidad de la protección privada se basa en que se ha cedido al Estado la misión de protección (*Hobbes*); si el Estado cumple su función óptimamente, destruye aquellos sistemas (los individuos) a quienes precisamente debe proteger de la destrucción (se convierte en un Estado totalitario).

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

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

- 13c e') Otras numerosas reacciones no punitivas oscilan, al igual que algunas mencionadas anteriormente, entre las medidas de aseguramiento de expectativas cognoscitivas y fácticas.

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

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

— Las reacciones jurídico-civiles tras una declaración jurídico-penal de culpabilidad reiteran la desaprobación, y pueden tener lugar también en vez de una declaración de culpabilidad. Especialmente, la indemnización resarcitoria para reparar las consecuencias del delito (y con mayor energía la indemnización por daño personal: *Schmerzensgeld*) ^{14f} confirma la vigencia de la norma

^{14f} Acerca de ello, *Arzt*, Intimsphäre, pp. 311 ss.

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

La cualidad que también se atribuye a la indemnización, consistente en generar un reconocimiento de la víctima, puede realizarse en el caso concreto; sin embargo, este resultado no es en todo caso obligado. La importancia de la infracción de la norma no depende de la magnitud de los daños que han de resarcirse (esa magnitud, en caso de tentativa de asesinato, es igual a cero, y no puede alcanzar, ni siquiera para normas jurídico-penalmente sancionadas —p. ej., para la prohibición de los daños imprudentes— dimensiones que aniquilen la existencia). A pesar de ello, el deber de resarcimiento puede bastar en el caso concreto como consecuencia del delito; incluso, en algunos delitos puede ser para la víctima más adecuado que prevalezca el deber de resarcimiento sobre la pena ^{14e}. Además, se tiene en cuenta una amplia compensación autor-víctima —que excede al marco puramente civil— ^{14h}.

— El Derecho penal juvenil contempla dos tipos de reacción sancionatoria: la pena juvenil y el grupo de los medios disciplinarios. Junto a ellos se encuentran las reacciones no sancionatorias (que se imponen no sólo «a causa» del hecho, sino también «con ocasión» del mismo) en el grupo de las medidas de seguridad educativas (§ 5, párrafos 1 y 2 JGG). En la medida en que hay un tratamiento especial de los no adultos, recientemente, como es natural, reforzado y abierto, hay intentos de desarrollar «formas procedimentales y modos de reacción alternativos e informales que permitan, sin efecto estigmatizador, una reacción más rápida a los hechos punibles menores y medianos y a las faltas juveniles, apartándose del procedimiento penal «normal» previsto en las StPO y JGG ¹⁴ⁱ (desviación antes de llegar a la solución jurídico-penal: *diversion* ^{14j}). El espectro comprende desde la inactividad de la policía en los casos de bagatela (*diversion to nothing*) hasta los programas de educación intensiva.

— Incluso la poena naturalis, «mediante la que en el pecado se lleva la penitencia» ^{14k}, tiene el efecto de una desaprobación: No se trata de las consecuencias de cualquier comportamiento (ello sería simplemente una desgracia), sino de un comportamiento especialmente incorrecto. Quien define un daño

^{14e} En la doctrina: básico, *Frehsee*, Schadenwiedergutmachung *passim*, con bibliografía muy amplia; sobre los efectos preventivos, *vid. Roxin* en: Wiedergutmachung, pp. 37 ss.; además, *Seszer*, *Leferenz-Festschrift*, pp. 145 ss.; *Seelmann*, JZ, 1989, pp. 670 ss., 672 s.; de *lege ferenda*, *Lüderssen*, *Krise*, pp. 60 ss., y *passim* (compensación y resocialización como únicas reacciones legítimas a la criminalidad). Sobre el aspecto procesal, *vid. Wiegand*, NJW, 1987, pp. 1170 ss., 1176).

^{14h} *Vid.* las propuestas en *Rössner* y *Wulf*, *Strafrechtspflege*, *passim*; *Kaiser*, *Kriminologie*, § 74.

¹⁴ⁱ *Schaffstein*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 937 ss., 938.

^{14j} En la doctrina, *Blau*, Jura, 1987, pp. 25 ss. (¡muy gráfico!); el mismo y *Franke*, ZStW, 96, pp. 485 ss.; *Hermann*, ZStW, 96, pp. 454 ss.; *Schaffstein*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 937 ss.; *Walter*, ZStW, 95, pp. 32 ss.; *Kuhlen*, *Diversion*, *passim*; la desviación (*diversion*) es objeto de críticas igualmente como reblandecimiento de la forma jurídica y como extensión de la intervención estatalmente controlada (al respecto, las aportaciones en *Kerner*, *Diversion*, *passim*; *Albrecht*, *Jugendstrafrecht*, § 5 II).

^{14k} *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1.ª parte, 2.ª ed., Königsberg, 1798, II parte, 1.ª apartado, consideración general, E, con el añadido, que no se ha de aceptar, de que el legislador «no lo tiene en cuenta en absoluto».

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

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

E. Resultado

- 14 1. En las categorías de la problemática usualmente denominada «teorías de la pena», esto quiere decir: La réplica ante la infracción de la norma por medio de pena no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas. Así pues, la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función preventiva.
- 15 2. La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delinquentes potenciales, ni menos aún se trata de cualquier pronóstico especialmente referido al comportamiento futuro del autor. Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar. En esta medida la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma. Además, la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esa medida la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido; en esta medida se trata de ejercitar en la aceptación de las consecuencias. Los tres efectos mencionados cabe resumirlos como ejercicio en el reconocimiento de la norma. Dado que tal ejercicio debe tener lugar en relación con todos y cada uno, en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma ¹⁵ (la llamada prevención positiva general o colectiva ¹⁶ —es decir, no sólo intimidatoria).

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

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

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

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

¹⁶ Esquemas semejantes en *Noll*, H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss. (con indicaciones sobre cómo la culpabilidad aparece teñida por la prevención general, pp. 220 ss.); *el mismo*, AT, § 5, apartados 4 y 5; *Hassemer*, en: Hauptprobleme, pp. 29 ss., 51 ss.; *el mismo*, en: Fortschritte, pp. 39 ss., 57 ss. (también *el mismo*, JuS, 1987, pp. 257 ss.); *AK-Hassemer*, núm. marg. 129 ss., ante § 1; *Lüderssen*, en: Hauptprobleme, pp. 54 ss. (con limitación de la prevención general a través de la prevalencia de la prevención especial, p. 80); *Schünemann*, GA, 1986, pp. 239 ss., 305, con bibliografía; pormenorizadamente, *Moos*, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss., 300 ss. Exposición de los distintos modelos en *Neumann*, y *Schroth*, Theorien, pp. 33 ss.; *Schumann*, Generalprävention, pp. 2 ss. y 4 ss., y, pp. 26 ss., acerca de las posibilidades de verificar empíricamente tales teorías (al respecto asimismo *infra* en esta nota); *Schumann* señala acertadamente que los modelos de este género simplifican (p. 50). El resultado se acerca a la interpretación de *Schmidhäuser*, AT, 3/16 (lo que aquí se llama reconocimiento de la norma se corresponde con la evitación de la infracción abierta de la norma en *Schmidhäuser*). *El mismo*, Sinn, pp. 48 ss., 52; *el mismo*, Studienbuch, pp. 2/15 ss. También existe amplio acuerdo con algunas interpretaciones desde la perspectiva de la Psicología profunda sobre la punición estatal como «eficaz factor latente de socialización» (*Haffke*, Tiefenpsychologie, pp. 80, 167) o «reforzamiento del orden de valores anclado en el super-yo» (*Streng*, ZStW, 92, pp. 67 ss., 674, y *passim*; *el mismo*, ZStW, 101, pp. 273 ss.). La vinculatoriedad de la conformidad a leyes presupuesta en estas concepciones de Psicología profunda no necesariamente se ha de aceptar en el modelo que aquí se desarrolla. *Vid.* asimismo *Engelhardt*, Psychoanalyse, pp. 212 ss.; *Baratta*, KrimJ, 1987, pp. 2 ss.; *Giehning*, KrimJ, 1987, pp. 2 ss.; *Böllinger*, KrimJ, 1987, pp. 32 ss.; *Streng*, KrimJ, 1987, pp. 48 ss. Otros planteamientos: *Nowakowski*, Rittler-Festschrift, pp. 55 s.; *H. Mayer*, Studienbuch, § 3, I, 2. Sobre la relación de la prevención general positiva con el Derecho penal vigente, *Arthur Kaufmann*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift, pp. 425 ss., 429 ss. Las principales objeciones, en *Köhler*, Zusammenhang *passim*; acerca de ello, *infra* 1/nota 24; críticamente, además, *Maiwald*, Lackner-Festschrift, pp. 149 ss., 155 ss.; *Callies*, Zeitschrift für Evangelische Ethik, 33 (1989), pp. 109 ss., 112 ss.; *el mismo*, NJW, 1989, pp. 1338 ss., 1339 s. Acerca de la prevención de integración como defensa del ordenamiento jurídico en el ámbito de la determinación de la pena, *vid. Müller-Dietz*, Jescheck-Festschrift, pp. 813 ss., 817 ss.; *Maiwald*, GA, 1983, pp. 49 ss., 62 ss., con amplia bibliografía. Sobre los fundamentos empíricos, *Schöch*, Jescheck-Festschrift, pp. 1081 ss., con las siguientes conclusiones (pp. 1102, 1104): «Para la media de la población, la comisión de infracciones penales se halla tan lejos, debido a la intensa vinculatoriedad moral de las normas de Derecho penal que incluso en caso de mínimo riesgo de ser descubierto o contando con la praxis de fijación de penas mínimas, no existe una amplia tendencia a cometer delitos... Toda pena que ponga de manifiesto que se ha infringido la norma y no inoquice, resulta apropiada para cumplir la misión de prevención general del Derecho penal.» De este modo, no se enjuicia sobre grupos de delitos especiales o grupos de autores especiales. Acerca de la aceptabilidad criminológica de las suposiciones de efectos en relación con la prevención de integración, *vid.* asimismo *Dölling*, ZStW, 102, pp. 1 ss., 14 ss. Bibliografía detallada sobre la relación entre culpabilidad y prevención general positiva, *infra* 17/nota 45.

III. LAS TEORIAS ABSOLUTAS

A. Las teorías de la retribución

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

18 2. Según el modelo de la prevención general positiva acabado de exponer, la pena debe garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad. El modelo no facilita una justificación de por qué ha de procederse así, sino que más bien presupone que el orden social bien vale el coste que se le impone al infractor de la norma ¹⁹. En contra se esgrimen dos objeciones: Por una parte, lo que debe garantizarse no es el estado real de la sociedad, sino la justicia; por otra, la garantía no debe verificarse de modo que se utilice al autor como medio para fomentar el bien de los demás. Es difícil de evaluar el peso de ambas objeciones, pues ya no se defiende en la doctrina penal el fomento de la justicia como fin independiente, e incluso históricamente sólo se ha propugnado en casos aislados. Pero si en el fondo está fuera de duda que el Derecho penal debe servir para el mantenimiento del orden social digno de mantenerse (!), ya no se trata de una legitimación absoluta de la pena, sino sencillamente de una delimitación absoluta de una pena definida relativamente o del respaldo relativo de una

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

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

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

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

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

3. a) La configuración que Kant y Hegel dieron a la pena retributiva ha ejercido una gran influencia histórica. Según Kant, el contenido de la pena ²¹ es el talión («Si ha matado, debe morir»). La función de la pena consiste en la realización de la justicia. Ello lo fundamenta Kant así ²²: Por una parte, la pena sólo puede imponerse contra el autor «porque ha delinquido», pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, «se trata a la persona... meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales». Por otra parte, también debe realizarse la justicia ²³. «La justicia penal es un imperativo categórico», pues si desaparece «la justicia... ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra». Para ilustrar el carácter categórico, Kant pone el ejemplo de una sociedad que se disuelve por mutuo acuerdo: También entonces debería «ejecutarse antes al último asesino que se encontrase en prisión»; de lo contrario, el pueblo sería «cómplice en la vulneración pública de la justicia».

b) En cuanto a la confusión del autor con los objetos de los derechos reales, ésta no puede ni debe ya ocultarse, en la teoría preventiva aquí representada, aun cuando, como se pondrá de manifiesto al desarrollar la culpabilidad, la pena, según esta teoría, presupone reconocer al autor como un igual (*infra* 17/48). La pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden en favor de cuyo mantenimiento se pune ²⁴. La teoría absoluta no ahorra plantearse este

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

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

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

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

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

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

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

21 4. En *Hegel*²⁸ la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se

KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 143) o «justicia clasista» (*Smaus*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985, pp. 90 ss.) aciertan, pues, si el orden social actual estuviera adecuadamente descrito con los conceptos citados. También es correcta la afirmación (reprobatoria) de *Zaczek* (Unrecht, p. 34) de que incluso «el orden malo, disvalioso» puede «reclamar el ser un ordenamiento jurídico» (habría que añadir: si funciona) (a semejanza de *Zaczek*, *AK-Schild*, §§ 20, 21, núm. marg. 73). El propio *Zaczek* determina, partiendo de *Kant* y *Fichte*, una relación de reconocimiento (constituida por medio del comportamiento correcto en la práctica) entre los individuos como base de todo ordenamiento jurídico (legítimo) (pp. 126 ss.). *Köhler* —siguiendo las huellas de *Kant* y *Hegel*— intenta llevar a cabo una determinación absoluta de la pena vinculada con una determinación absoluta de la infracción penal. La infracción penal es «contradicción consigo mismo ante el foro de la razón práctica» y como norma no puede «quererse consecuentemente en realidad como algo de validez general» (Begriff, p. 31; Zusammenhang, p. 33). En el ámbito jurídico, ello quiere decir: El delincuente niega la libertad del otro y «en ello niega sustancialmente su carácter final autónomo, precisamente mediante la autonegación del sujeto de la acción como alguien que reconoce autónomamente» (Begriff, p. 49). Bien es verdad que la pena es en esa medida heterónoma cuando el propio autor «en su propio defecto en la razón, aún es parcial» (Begriff, p. 51), pero «es necesario para la razón, incluso immanente, neutralizar el delito» (Begriff, p. 50), y por eso la pena está fundamentada «indirectamente por la razón jurídica del autor» (Begriff, p. 51). Resultado: «... lo que tienen que significar en concreto injusto, delito y pena (se determina) válidamente, en definitiva, por el silogismo autónomo de la razón, o sea, de un saber práctico válido en general de por sí, sobre las circunstancias jurídicas concretas en que se basa la relación jurídica concreta» (Begriff, p. 63). Por razonable que esto sea, se ajusta únicamente a ordenamientos jurídicos a su vez razonables, dada la inteligibilidad absoluta de lo razonable por parte de todos, hasta en los pormenores. Para un ordenamiento que al menos sea también producto de intereses y presiones objetivas, origen, hábito y otras causas, la cuestión del aseguramiento de la existencia, e incluso del aseguramiento de una posibilidad de tránsito a mayor razón, no cabe contestarla así. Semejante a los modelos de *Zaczek* y *Köhler* es el de *AK-Schild*, núm. marg. 49 ss., 74 ss., ante § 13; §§ 20, 231, núm. marg. 50 ss., con crítica al esquema que aquí se propugna, núm. marg. 72 ss. *Vid.* asimismo *supra* 9/Nota 7 y 17/20, con nota 45d.

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

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

^{26a} En el ejemplo, *Kant* no se refiere a una renuncia a toda forma de sociedad en general, sino a una sociedad concreta; el carácter categórico se corresponde con el principio de legalidad, § 152.2 StPO. Si se liberase al asesino y éste llegase a la República Federal Alemana, ¿se le castigaría por el § 7.2 StGB? La que sí es extraña es la anterior afirmación de *Kant* de que, en un mundo regido por personas (no por Dios), la secuencia de delito y pena es «sólo hipotética y toda vinculación directa de los conceptos de infracción y merecimiento de pena sirven al gobernante sólo como justificación, no como prescripción para sus resoluciones...» (Carta a Erhard, fechada en 21 de diciembre de 1792).

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

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

diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de *Hegel* para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: *Hegel* interpreta el hecho punible como «algo negativo», es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como «vulneración de la vulneración», y así como «restablecimiento del Derecho»²⁹. Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto³⁰; lo que constituye un argumento es, no, la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto³¹. Dado que *Hegel* no interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata —como en *Kant*— de una igualdad de género, sino de igualdad «según el valor de los mismos»³². Con lo que *Hegel* se da cuenta de que la pena necesaria corresponde al «poder de la sociedad ya seguro de sí mismo», es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida «la peligrosidad de la acción para la sociedad»³³. «Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil»³⁴. Así pues, en *Hegel* la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad.

5. a) En las teorías absolutas más recientes³⁵, incluidas las teorías de la 22 unidad, la propia pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social.

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

²⁹ Loc. cit., §§ 99 y 100.

³⁰ Loc. cit., § 97.

³¹ Loc. cit., § 99.

³² Loc. cit., § 101.

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

³⁴ Loc. cit., § 218.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. La teoría de la expiación

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

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

³⁹ *Vid.* no obstante, *Preisner*, Mezger-Festschrift, pp. 71 ss., 77 ss.; también *LK⁹-Koffka*, núm. marg. 4, ante § 13; desde el punto de vista médico, *Bleuler*, en: Schuld, Verantwortung, Strafe, pp. 103 ss., 113 ss. En relación con el concepto de expiación, acertadamente *Noll*, Begründung, p. 8. Será dudoso si el autor susceptible de expiación es capaz del hecho; *vid.* en torno al arrepentimiento, *Müller-Luckmann*, en: Tötungsdelikte, pp. 119 ss., 128.

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

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

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

IV. LAS TEORIAS RELATIVAS (TEORIAS DE LA PREVENCION)

A. Las teorías de la prevención general

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

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

⁴⁴ Lehrbuch, § 13; *Revision*, p. 44.

⁴⁵ *Revision*, pp. 44 s.

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

⁴⁷ Vid. *Bohnert*, Feuerbach, p. 13.

⁴⁸ Lehrbuch, § 14.

⁴⁹ *Revision*, p. 49; Lehrbuch, § 28.

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

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

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

⁵⁰ *Revision*, p. 60.

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

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

⁵³ Acerca de la falsación (o no verificación) de la intimidación (en relación con otros esquemas preventivo-generales, vid. *infra* 1/nota 56) vid. *Kaiser*, Generalprävention, pp. 339 ss., 351 ss.; *Schöch*, Strafzumessungspraxis, pp. 86 ss., 96 ss., 197 ss.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, pp. 1081 ss., 1098 ss., 1104; *Albrecht*, Dunkel y *Spie*, MonSchrKrim, 1981, pp. 310 ss., 311, 313, 323; *Köberer*, MonSchrKrim, 1982, pp. 200 ss.; *Mainwald*, GA, 1983, pp. 49 ss., 69 ss.; *Bertel*, Pailin-Festschrift, pp. 31 ss.; *Driendl*, Strafgesetzwissenschaft, pp. 39 ss.; no obstante, en otro sentido, *Vanberg*, Verbrechen, pp. 37 ss.

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

- 30 b) En la —potencialmente considerable— desproporción de ahí derivada, entre el daño social y el *quantum* de la pena, fracasa cualquier aplicación, aun cuando sólo sea aproximada, del modelo de *Feuerbach* y sus seguidores⁵⁴. Por expresarlo con un ejemplo: En el supuesto de un asesinato para obtener un botín de algunos cientos de marcos puede tener suficiente eficacia preventiva una multa de de algunos miles de marcos, mientras que frente a la difamación (*üble Nachrede*) que el autor comete para mantener sus relaciones personales o para beneficiarse en su carrera sólo podrá ser suficiente mal la perspectiva de una larga pena privativa de libertad. En definitiva, por tanto, deberían suprimirse todos los grupos de delitos de la Parte Especial que se orientan al bien atacado y crearse nuevos grupos en función del *quantum* del beneficio potencial. Entonces, en los grupos que habrían de castigarse con mayor severidad se encontrarían delitos con elevado *quantum* de provecho, resultando indiferente que se cometieran mediante la muerte de una persona, la falsificación documental o un breve allanamiento de morada. Los delitos de traición habría que situarlos en el ámbito de la criminalidad grave, en el caso de autores por motivos ideológicos, y en el de las infracciones patrimoniales cuando éstos actuaran por móviles económicos, etc.
- 31 c) Esta desproporción —potencialmente notable— entre el *quantum* del beneficio del hecho y el *quantum* de su dañosidad social se deriva de que en el modelo de la intimidación no aparecen los destinatarios del funcionamiento de la pena: los miembros de la sociedad, a los que se debe proteger ante infracciones de la norma. Tales miembros no consideran primordialmente al delito como un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino potencialmente perjudicial para ellos mismos.
- 32 d) Muchos intentan ocultar este hecho mediante una complementaria limitación de las penas máximas: Tampoco la pena intimidante debe superar la medida de lo adecuado a la culpabilidad o de lo proporcionado, porque de lo contrario se la sentiría como arbitraria y perdería su eficacia intimidatoria. Pero de este modo no se puede aclarar, desde luego, la inadmisibilidad de penas más elevadas en los supuestos de alto beneficio por el hecho, pero de daño social insignificante. Sin embargo, también se percibe como arbitraria la pena extremadamente leve en supuestos de provecho insignificante y alto daño social, de modo que la pena intimidatoria sea como sea hay que modificarla en esa medida. En conclusión, el modelo de la intimidación no es apto como teoría de la pena.
- 33 e) Con ello no queda descartado, sin embargo, que en casos singulares la pena se imponga con el propósito de intimidar. En épocas críticas el estado de

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

excepción quiebra las limitaciones que se dan por supuestas en épocas de tranquilidad⁵⁵.

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

B. Las teorías de la prevención especial

1. La problemática general

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

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

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

⁵⁵ Vid. Nagler, Strafe, pp. 616 s.

⁵⁶ Bibliografía *supra* 1/nota 16.

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

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

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

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

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

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

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

2. La vulneración del principio del hecho

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

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

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

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

⁵⁹ Aufsätze und Vorträge, t. II, pp. 75 ss., 80; *vid. además el mismo*, ZStW, 13, pp. 325 ss., 354 ss. *Vid. sobre ello Roxin*, ZStW, 81, pp. 613 ss., 627 ss.; *Jescheck*, Klug-Festschrift, pp. 257 ss., 264.

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

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

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

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

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

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

3. Modelos recientes

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

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

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

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

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

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

⁶⁵ *Maihöfer*, Rechtsstaat, p. 146.

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

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

V. LAS TEORÍAS DE LA UNIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Mediante la combinación no cabe soslayar la función de desarrollar una 50 teoría para una pena *practicable*. A una teoría de tales características se la ha designado aquí de entrada como prevención general positiva, la cual habrá de detallarse aún con posterioridad, especialmente en relación con la culpabilidad. Pero esta teoría (como cualquier otra) no se extiende a cada sector del proceso punitivo en su totalidad, sino que deja algunos huecos por configurar, que pueden ser colmados por otras teorías, pero a un nivel inferior, viniendo en consideración como teoría subsidiaria sólo la prevención especial, pues las teorías de la retribución, la de la expiación y la de la prevención general negativa han de desecharse (*supra* 1/17 ss., 25 ss., 27 ss.). Como principal consecuencia, la ejecución de la pena, globalmente, a la que la teoría de la prevención general positiva no aporta nada, ha de configurarse lo más eficazmente posible desde el punto de vista de la prevención especial (§§ 2 s. de la StVollzG)⁷³. Pero la prevención especial influye también en los marcos penales que ha de elegir el legislador, así como en la determinación de la pena, pues con la teoría de la

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

⁷⁰ En la doctrina están representadas sobre todo teorías de la unidad en que priman algunas de las teorías unificadas. Roxin, JuS, 1966, pp. 377 ss., 387, desarrolla una «teoría dialéctica de la unión», según la cual han de conducirse «los distintos fines de la pena, desde los excesos unilaterales, hacia vías social-constitutivas, equilibrando los puntos de partida individuales mediante un procedimiento de limitación mutua». También según Gössel, Pfeiffer-Festschrift, pp. 3 ss., 22 ss., junto a la retribución puede aparecer cualquier prevención («teoría modificada de la unión»). Por una teoría de la unión con el centro de gravedad en la compensación de la culpabilidad abogan v. Hippel, Strafrecht, t. I, § 21 XVI, con bibliografía acerca de la doctrina antigua; Mezger, Materialien, t. I, pp. 1 ss., 2 s.; Jeschke, AT, § 8, V; LK-Jeschke, Introducción, núm. marg. 3 ss.; Maurach-Zipf, AT I, § 7, núm. marg. 11 ss., 27 ss.; Bockelmann-Volk, AT, § 2, II, 4; Dreher, Ge-rechte Strafe, pp. 127 ss.; Schönte-Schröder-Stree, núm. marg. 11 ante § 38. En favor de una teoría de la unión en el marco de lo ajustado a la culpabilidad, con centro en la prevención especial, argumenta Stratenwerth, AT, núm. marg. 30 s.; el mismo, Tatschuld, pp. 31 s.; también Baumann-Weber, AT, § 3, II, 2 a beta (junto a la prevención general); Benda, Faller-Festschrift, pp. 307 ss. Horstkothe, JZ, 1970, pp. 122 ss., 124, hace saltar el marco de lo adecuado a la culpabilidad. Una teoría en la que la prevención general fundamentaría la institución de la pena, pero no las reglas de la determinación, la aporta Schmidhäuser, AT, 3/14 ss. *Vid.* también Forster, SchwZStr, 101 (1984), pp. 242 ss., 261 ss.

⁷¹ Acertadamente ya Exner, Theorie, p. 36.

⁷² Begründung, p. 96.

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

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

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

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

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

te, aun cuando no se hayan cumplido los requisitos del § 57, párrafo 2 del StGB ⁷⁵ (§ 67, párrafo 5 del StGB).

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

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

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

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

A. Teorías acerca de las medidas de seguridad

53 1. El Derecho vigente prevé como reacción al hecho punible, junto a la pena o en lugar de ella, también las medidas de seguridad y corrección: § 61 del StGB. Así como la pena es una reacción frente a un menoscabo de la autoridad de la norma, la medida de seguridad es una reacción a un peligro de repetición, objetivado en el hecho. Esta cualidad de la *doble vía* (así designada ya en las teorías de la unificación) en la reacción se impone cuando divergen la pena y lo necesario para la prevención especial; así pues, el anclaje de la doble vía en el Derecho vigente se basa en los intentos de combinar las ventajas de una pena vinculada a la culpabilidad con algunas ventajas del tratamiento eficaz desde el punto de vista de la prevención especial ⁷⁶. A causa de la bifurcación de la reacción, se ha alzado el reproche del fraude de etiquetas por parte de los prevenicionistas, justificadamente desde su punto de vista ⁷⁷. También las modalidades singulares de la pena, en especial la suspensión condicional de la pena (§§ 56 ss. del StGB) y la primacía de la pena pecuniaria (§ 47 del StGB) son medidas de seguridad, pero inseparablemente vinculadas con una pena ⁷⁸.

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

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

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

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

diferenciadamente desde hace tanto tiempo como la de la pena ⁷⁹. Por lo general se conforma uno con la verificación de que una medida de seguridad debe —en el marco de la proporcionalidad (§ 62 del StGB)— mantener el interés común ⁸⁰. Con ello no se va lejos, naturalmente, porque no queda claro cómo han de evaluarse los intereses del autor, si tan poco como los intereses de un agresor en la legítima defensa (*infra* 12/30, 46 ss.) o tanto como los intereses de un tercero ajeno en el estado de necesidad agresivo (*aggressiver Notstand: infra* 13/20 ss.). Tampoco queda claro en qué consiste el menoscabo del interés común, que amenaza producirse: la futura lesión o puesta en peligro mediante una catástrofe natural, o la futura lesión de la autoridad de la norma o una forma intermedia, etc.

b) Más concreta es la propuesta de concebir las medidas de seguridad desde consideraciones propias de la legítima defensa ⁸¹. Pero como la legítima defensa no se ajusta precisamente a la acción estatal de defensa (*infra* 12/14 ss.) y como además en la imposición de medidas de seguridad falta la urgencia propia de un ataque actual, fracasa materialmente el paralelismo con la legítima defensa ⁸².

c) Para una solución eticista, la medida de seguridad compensa la pérdida de «libertad interna» del autor y ha de justificarse precisamente a causa de dicha pérdida: «Quien ya no domina en absoluto su libertad interna, dirigida por la propia determinación ética (como ocurre con los enfermos mentales), o no la domina suficientemente como consecuencia de malas inclinaciones, vicios y costumbres, no puede pretender la libertad social completa» ⁸³. Esta solución no aporta nada para la medidas de seguridad que se imponen junto a la pena por un hecho enteramente culpable ⁸⁴; si el autor debe responder enteramente por el uso de su «libertad», según la solución apuntada debería poder pretender también la libertad social completa.

d) Finalmente, las medidas de seguridad se clasifican también entre las instituciones jurídicas ya conocidas: en parte serían «medidas tutelares jurídico-civiles» y en parte auténticas penas ⁸⁵. Como pena, cabe considerar sobre todo

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

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

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

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

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

⁸³ *Welzel*, Strafrecht, § 32 III; asimismo, *LK⁹⁰-Lang-Hinrichsen*, núm. marg. 13, ante § 42 a; *Lang-Hinrichsen*, en: 43. DJT, t. I, parte 3, pliego B, pp. 5 ss., 42 s.; *Gallas*, Niederschriften, t. IV, p. 55; *Bockelmann*, Niederschriften, t. I, pp. 56 s., 243 ss., 247; *Bruns*, ZStW, 71, pp. 210 ss., 211 s.

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

⁸⁵ *H. Mayer*, AT, § 7, III.

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

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

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

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

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

⁸⁶ H. Mayer, AT, p. 64, I, 2.

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

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

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

b) En las medidas de seguridad *sustitutivas de la pena*, es decir, aquellas 57 que se imponen por el comportamiento inculpable del autor, sólo resta —al margen del efecto secundario de tipo preventivo-general consistente en infligir un mal— esa leve relación con la autoridad de la norma que se deriva de la circunstancia de que se procede contra el autor, de que se toma en serio el conflicto y el autor como su causa (a las meras faltas de tacto y a las groserías no les sigue reacción de corrección o aseguramiento). Sin embargo, una medida sustitutiva de la pena no tiene una mera función auxiliar, sino que constituye una forma de solución propia. Como el conflicto se combate sólo cognoscitivamente y no normativamente, la medida de seguridad debe tener éxito también cognoscitivamente: la meta es —frente a lo que ocurre en la medida de seguridad complementaria— no la autoridad de la norma, sino la eliminación de peligros.

c) Entre las dos clases de medidas mencionados antes se halla la que se 58 impone en lugar de la pena, es decir, aquella que se impone o se ejecuta frente al autor culpable en lugar de la pena (§ 67, párrafos 4 y 5 del StGB). Tiene en común con la medida complementaria de la pena que representa una reacción a una infracción normativa imputable, y con las medidas sustitutivas de la pena

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

- 59 2. a) En correlación con las distintas funciones de las medidas de seguridad, ha de determinarse de modo distinto la *consecución de sus fines*. En la medida complementaria de la pena sólo se trata de crear la seguridad cognoscitiva que es necesaria para el apoyo de una garantía normativa. Por el contrario, en las otras dos clases de medidas ha de solucionarse el conflicto exclusivamente desde el punto de vista cognoscitivo; la comprobación de si el peligro está eliminado debe efectuarse por ello en éstas según un baremo más estricto.
- 60 b) También en la evaluación de la *proporcionalidad*^{86a} surgen distintos intereses a tener en cuenta y ponderar según la clase de medida. Mientras que en la medida complementaria de la pena y (a pesar del modo de proceder cognoscitivo) también en la medida impuesta en lugar de la pena se trata principalmente del mantenimiento de la confianza de la generalidad en la norma, en una medida sustitutiva de la pena es primordialmente la eliminación de peligros para los bienes (no para las normas) lo que sin embargo cuenta menos. Los intereses del autor han de evaluarse tanto menos cuanto más es responsable del peligro, de modo que en esa medida una reacción frente a un delincuente habitual que actúa culpablemente puede ser aún proporcional, pero frente a un enfermo mental no serlo ya. Además, en las medidas sustitutivas de las penas —a diferencia de las medidas complementarias de las penas— ha de tenerse en cuenta en contra del autor que no se le impone ninguna pena a pesar de haberse comportado culpablemente. La vaga formulación del § 62 del StGB no da cuenta de la necesidad de estas apreciaciones diferenciadas⁸⁷. Los detalles se analizan en la doctrina de las consecuencias jurídicas.
- 60a 3. Que para un autor no (enteramente) responsable al final el gravamen total de las reacciones consiguientes a un hecho punible (no se alude a las reacciones según las leyes sobre internamiento de los *Länder*) pueda ser notablemente mayor que el de un autor enteramente responsable no puede satisfacer al menos en aquellos casos en los que la pérdida de responsabilidad no puede imputársele al autor mismo.

^{86a} Al respecto, con bibliografía, BVerfG NStZ, 1986, pp. 185 ss.; Bae, Grundsatz, pp. 81 ss., 213 ss.; LK-Hanack, § 62, núm. marg. 9 ss.; crítica notable en Eickhoff, NStZ, 1987, pp. 65 ss.

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

APARTADO 2

La legitimación material del Derecho penal

BIBLIOGRAFIA: K. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *el mismo*, recensión, ZStW, 87, pp. 132 ss.; *el mismo*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ, 1982, pp. 617 ss.; G. Arzt, Viktimologie und Strafrecht, MonschrKrim, 1984, pp. 105 ss.; A. Baratta, Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe, KrimJ, 1984, pp. 132 ss.; R. Bloy, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW, 100, pp. 485 ss.; P. Bockelmann, Noticias bibliográficas, ZStW, 74, pp. 304 ss.; E. Brandt, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Strafrecht, 1988; R.-P. Calliess, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; G. Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW, 57, pp. 225 ss.; J. Driendl, Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgeseztgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; U. Ebert, Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?, JZ, 1983, pp. 633 ss.; J. Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law, t. 1 (Harm to Others), 1984, t. 2 (Offence to Others), 1985, t. 3 (Harm to self), 1986, t. 4 (Harmless Wrongdoing), 1988; I. Fetscher, Zum Prozeß und das Buch «Wie alles anfang» von Baumann, en: K. Lüderssen et al. (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 2, 1980, pp. 506 ss.; Th. Fischer, Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), GA, 1989, pp. 445 ss.; M. Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; la misma, Welzels finale Handlungslehre, en: U. Reifner et al. (ed.), Strafrecht und Polizei im Dritten Reich, 1984, pp. 86 ss.; W. Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Festschrift, pp. 50 ss.; *el mismo*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968; M. Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe, t. I, pp. 1 ss.; G. Grünwald, Billigung von Straftaten (§ 140 StGB), en: K. Lüderssen et al. (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 2, 1980, pp. 489 ss.; E.-W. Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Gutachten 47. DJT, t. I (A); R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, recensión, ZStW, 87, pp. 146 ss.; *el mismo*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss.; *el mismo*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ, 1989, pp. 553 ss.; Th. Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; R. M. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Parte I, 1919; H. Jager, Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; G. Jakobs, Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes, Jescheck-Festschrift, pp. 627 ss.; *el mismo*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, 97, pp. 751 ss.; H. Jung, Zur Strafbarkeit des Inzests, Leferenz Festschrift, pp. 311 ss.; G. Kaiser, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-Festschrift, pp. 579 ss.; Arthur Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-Festschrift, pp. 89 ss.; *el mismo*, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; J. Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Kr. Köhl, Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW, 1987, pp. 737 ss.; K. L. Kunz, Das strafrechtliche Bagatelprinzip, 1984; F. J. Kurth, Das Mitvers-

chulden des Opfers beim Betrug, 1984; *E.-J. Lampe*, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, *Welzel-Festschrift*, pp. 151 ss.; *F. v. Litz*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, *ZStW*, 6, pp. 663 ss.; *el mismo*, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, *ZStW*, 8, pp. 133 ss.; *F. Loos*, Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte, *Welzel-Festschrift*, pp. 879 ss.; *M. Maeck*, Opfer und Strafzumessung, 1983; *M. Marx*, Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972; *K. Marxen*, Der Kampf um das liberale Strafrecht, 1975; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *E. Mezger*, Die Straftat als Ganzes, *ZStW*, 57, pp. 675 ss.; *A. Montenbruck*, Abwägung und Umwertung, 1989; *H. Müller-Dietz*, Instrumentuelle vs. sozialetische Funktion des Strafrechts- am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen, *Arthur Kaufmann-Festschrift*, pp. 95 ss.; *W. Naucke*, Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, en: *W. Hassemer et al.*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, pp. 3 ss.; *U. W. Neumann y U. Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *H. Otto*, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: *H. Müller-Dietz* (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pp. 1 ss.; *el mismo*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, *ZStW*, 87, pp. 539 ss.; *K. Peters*, Die ethischen Grundlagen des Strafprozesses, *Würtenberger-Festschrift*, pp. 77 ss.; *F. Preiser*, Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden?, *ZStW*, 82, pp. 6 ss.; *R. Rengier*, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umwelts-trafrecht, *NJW*, 1990, pp. 2506 ss.; *G. Roos*, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981; *C. Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, *JuS*, 1966, pp. 377 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, *Honig-Festschrift*, pp. 151 ss.; *W. Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (ed.), Die Grundrechte, t. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909 ss.; *F. Schaffstein*, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? Deutsches Strafrecht, 2 (1935), pp. 97 ss.; *el mismo*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, en: *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 108 ss.; *el mismo*, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, *Deutsches Strafrecht*, 4 (1937), pp. 33 ss.; *E. Schmidhäuser*, Der Unrechtsstatbestand, *Engisch-Festschrift*, pp. 433 ss.; *E. Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *K. Seelmann*, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, *NJW*, 1990, pp. 1257 ss.; *P. Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», 1962; *G. Stratenwerth*, Leitprinzipien der Strafrechtsreform, 1970; *K. Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *H. Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, *ZStW*, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, *Kohlrausch-Festschrift*, pp. 101 ss.; *K. D. Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979; *M. J. Worms*, Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Absatz I StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984; *H. Zipf*, Kriminalpolitik, 2.ª ed., 1980.

I. EL NIVEL DE REFERENCIA DE LA PROTECCION JURIDICO-PENAL: LAS NORMAS COMO BIENES JURIDICO-PENALES

- 1 A. El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de

la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas —especialmente las jurídico-constitucionales.

B. 1. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso —aun contradiciendo el lenguaje usual— se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*.

2. a) Al emplear de este modo el concepto puede sorprender de entrada la estrecha conexión con las normas penales, pues los bienes se pueden definir también sin este rodeo normativo nombrando lo que el autor —desde luego en caso de un delito de lesión en sentido material— destruye: vida, salud, propiedad, pudiendo quedar relegada por el momento la cuestión de si los objetos mencionados deben ser bienes por sí mismos o por su utilidad para una persona o para la sociedad. Tampoco se debe poner en duda que tales objetos pueden llamarse razonablemente bienes, pues son situaciones valoradas positivamente y por tanto «buenas» para el que valora.

b) Pero los bienes de esta clase pueden resultar menoscabados también mediante sucesos naturales (enfermedad, «cansancio» de los materiales), y asimismo mediante procesos en los que ciertamente intervienen personas, pero que no son evitables (ni dolosos ni imprudentes). Esto puede carecer de importancia para su entendimiento como bienes, pero no para su cualificación como bienes jurídico-penales. Si, p. ej., se denominan bienes jurídico-penales sin más a las situaciones valoradas positivamente, se deriva la extraña consecuencia de que el Derecho penal a veces (e incluso en algunos ámbitos casi siempre) no se preocupa de la pérdida de sus bienes: la muerte por decrepitud senil, que una cosa se estropee con el tiempo, etc., representan pérdidas de bienes en el sentido mencionado, pero no realizan ningún tipo penal¹. Así pues, el Derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase. Si el fundamento de esta abstención se impusiese al Derecho penal desde fuera, sería adecuado llamar bienes jurídico-penales a objetos de la clase mencionada por sí mismos o por su utilidad para personas o para la sociedad, pues se señalaría jurídico-penalmente una protección amplia que se limitaría a determinadas formas de ataque sólo por motivos ajenos al Derecho penal. Con este modo de entender, sin embargo, toda destrucción de un bien en el sentido indicado, suceda como suceda, debe ser una perturbación penalmente relevante. Con lo absurdo de esta concepción (¿Es toda enfermedad un ataque a bienes jurídico-penales?) se pone de manifiesto cuán limitada es la utilidad de tal concepto de bien: Es verdad que acierta en designar qué situaciones han de considerarse bienes, pero pasa por alto la misión específica del Derecho penal, al confundir indebidamente bajo el mismo rasero «perturbación por haber lesionado el bien», las fuerzas de la naturaleza, o el comportamiento humano no evitable con el

¹ Bockelmann, *ZStW*, 74, pp. 311 ss. 313.

comportamiento imputable —el único que interesa al Derecho penal—. Como consecuencia, desde luego en caso de bienes que no pierden su función por la evolución social, sino que perecen por condicionantes físicos (debilidad senil), el pasado se convierte en un gigantesco cementerio de bienes jurídicos, que demuestra claramente que en caso de lesión de un bien en el sentido indicado no se alcanza el nivel en el que se desenvuelve el Derecho penal.

- 5 C. 1. Al Derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto sólo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien jurídico-penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido (*vid. infra* 6/24) realizar el comportamiento que acarrearía consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico-penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho penal: la esfera de la significación del comportamiento (delictivo) en tanto que negación del significado de normas y el reforzamiento de perseverar en el significado de la norma por medio de la reacción punitiva². Bien jurídico-penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad, según este modelo, no es la cosa ajena o la relación del propietario con su cosa como unidad funcional de acciones y satisfacción

² Son escasos los esfuerzos por llevar a un mismo plano bien jurídico, infracción de la norma y pena. Ante todo hay que mencionar a *Welzel*, *Strafrecht*, § 1, I; *el mismo*, *ZStW*, 58, pp. 491 ss., 509 ss.; *el mismo*, *Kohlrausch-Festschrift*, pp. 101 ss., 107 ss., que distingue entre valores de hecho y valores de acción (obviamente, sólo califica de bienes jurídicos a los valores de hecho): «Más importante que la protección de los diversos bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia real (observancia) de los valores de acción de actitud jurídica» (*Strafrecht*, loc. cit.). En relación con la teoría de *Welzel*, *vid. Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, pp. 165 ss., 273 ss.; *Hassemer*, *Theorie*, pp. 87 ss. La objeción, tan extendida, de que centrar la atención en el desvalor de acción conduce a un Derecho penal de la actitud, ya que en el sistema de *Welzel* el hecho penal no tiene ningún puesto de necesidad, es predicable, hasta ahora, de toda teoría: Incluso si se parte de atender a la protección de bienes jurídicos perceptibles sensorialmente, no surge respuesta alguna a la pregunta de si se da un ataque (y cuándo) tan peligroso que haga necesaria la pena. Todo hecho penal se inicia en la mente del autor y concluye en el mundo exterior. Por consiguiente, el principio del hecho no cabe explicarlo tampoco a partir del principio de protección de bienes jurídicos en la concepción convencional (*Jakobs*, *ZStW*, 97, pp. 751 ss., 752 s.; *de otra opinión*, *Sax*, *Grundrechte*, t. III (2), pp. 909 ss., 913; *Hassemer*, *Theorie*, p. 97; *Jescheck*, *AT*, § 1, III, 2, entre otros). La objeción de *Baratta* (*KrimJ*, 1984, pp. 132 ss., 139) de que desaparecería la diferencia entre Derecho y Moral se basa en la infundada equiparación entre la desnaturalización (que tiene lugar) y el recurrir más (que no tiene lugar) a lo interno. Básico, además, *Schmidhäuser*, *Engisch-Festschrift*, pp. 433 ss., 444 s.; *el mismo*, *AT*, 2/30: «La lesión del bien jurídico es un fenómeno espiritual... La lesión del bien jurídico consiste en la lesión de la pretensión de respeto que surge del bien jurídico (?) por parte de un comportamiento voluntario»; *el mismo*, *Studienbuch*, 5/27: «la pretensión de respeto que surge de los hechos valiosos». De modo semejante a como aquí se propugna, *Otto*, *ZStW*, 87, pp. 539 ss., 554 ss., 562.

de necesidades, o para la consecución de fines, sino la validez del contenido de la norma de que debe protegerse la propiedad; correlativamente, en el ámbito de los delitos de lesiones, bien jurídico-penal es la validez del contenido de la norma de que hay que respetar la integridad corporal ajena, etc. Bien jurídico-penal es la vinculatoriedad práctica de la norma.

2. El bien jurídico-penal en el sentido indicado no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino sólo por un comportamiento en tanto que suceso significativo. En virtud del principio del hecho, desde luego sólo concurre un hecho penal cuando tiene lugar un suceso externo, perceptible por los sentidos. Pero el objeto de este comportamiento exterior no es el bien jurídico-penal, sino que más bien han de distinguirse bien jurídico-penal y objeto de la acción (sería más exacto decir: objeto del comportamiento)³.

El objeto de la acción puede consistir incluso en lo contrario a un objeto, cuando el comportamiento consiste en la producción de objetos no deseados, como sucede en la falsificación de moneda o de documentos (§§ 146 ss., 267, 348 del StGB), o en la creación de informaciones no deseadas, como en las injurias, la revelación de secretos o en la estafa (§§ 185, 203, 263 del StGB). En la medida en que no se valore jurídicamente de modo negativo el objeto de la acción, se le puede denominar objeto de ataque. A su vez, algunos objetos de ataque se pueden definir como bienes antepuestos al bien que realmente importa (p. ej., la propiedad como el bien antepuesto a la posibilidad de desarrollo personal), mientras que otros representan sólo el ataque contra un bien (p. ej., el funcionario ejecutor en el delito de resistencia del § 113 del StGB).

II. ¿LEGITIMACION MATERIAL DEL DERECHO PENAL POR MEDIO DE LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS?

A. Problemas generales

1. El nivel de referencia del bien jurídico-penal del que se ha tratado hasta ahora, al debatir el problema «el Derecho penal como protección de bienes jurídicos» (o «el hecho punible como lesión del bien jurídico») ⁴, no se suele hallar en primer plano⁵. Se trata más bien de si las normas jurídicas (y con ellas sólo indirectamente también el propio Derecho penal) sólo son legítimas si protegen bienes jurídicos, sin que esté especialmente claro lo que es un bien jurídico en este contexto. «El bien jurídico se ha convertido en un auténtico

³ *Jescheck*, *AT*, § 26, I, 4; *Stratenwerth*, *AT*, núm. marg. 210; *Schmidhäuser*, *AT*, 2/31 s.; *Maurach-Zipf* *AT*, I, § 19, núm. marg. 14 ss.; *Baumann-Weber* *AT*, § 12, II, 3 a.

⁴ No se quiere decir que todo hecho punible tenga que conseguir lesionar, sino que toda norma ha de tener por finalidad evitar lesiones.

⁵ Acerca de la historia dogmática, *vid. Sina*, *Dogmengeschichte*, *passim*; básico sobre la relación entre la historia del concepto de bien jurídico y la historia general de las ideas, *Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, pp. 15 ss., con correcciones en parte notables de la exposición de *Sina* (al respecto, resumiendo, pp. 10 ss.); una exposición centrada en la relación mutua entre bien jurídico y realidad social la proporciona *Hassemer*, *Theorie*, *passim*; sobre *Amelung*, *vid. Hassemer*, *ZStW*, 87, pp. 145 ss.; sobre *Hassemer*, *vid. Amelung*, *ZStW*, 87, pp. 132 s.; sobre el ámbito jurídico anglosajón, ampliamente, *Feinberg*, *Limits*, *passim*.

Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto»⁶. A partir de aquí se entenderá como *bien jurídico* el objeto de protección de una norma, en contraposición con la propia validez de una norma como bien jurídico-penal.

8 2. a) Lo que se discute es desde qué punto de vista ha de establecerse lo que se tiene en cuenta como objeto de protección de la norma, e incluso si se debe utilizar un único criterio (teorías monistas), o si puede cambiar la perspectiva (teorías dualistas). Junto a la asignación (monista) de todos los bienes jurídicos al ciudadano individual⁷ se encuentran otras asignaciones a la sociedad, y a través de ella al ciudadano⁸, así como asignaciones (dualistas), que en los casos de bienes jurídicos individuales se dirigen al ciudadano, o en caso de bienes jurídicos estatales o supraindividuales se dirigen a la sociedad o al Estado⁹, y finalmente asignaciones (de nuevo monistas) sólo a la «comunidad jurídica»¹⁰.

9 b) La discusión se refiere a dos ámbitos de problemas que han de separarse convenientemente:

a') De entrada se trata de quién es el favorecido en definitiva por la «función protectora». Aquí cabe sostener que incluso la protección del individuo (vida, libertad, etc.) es necesaria sólo porque la sociedad necesita miembros con capacidad de acción, o porque, a la inversa, la protección del Estado (p. ej., ante la alta traición) o de las instituciones de la sociedad en su conjunto sólo se verifica porque el individuo necesita para sobrevivir el auxilio del Estado. Esta disputa acerca de la finalidad del Estado no se puede dirimir en relación con las normas jurídico-penales, y menos aún limitándose al concepto de bien jurídico. De todos modos, se descartan las soluciones radicales: Las normas penales están garantizadas mediante la conminación de reacciones formales, y por ello son tan poco concebibles sin un orden formal entre los individuos singulares como a la inversa una sociedad sin miembros¹¹.

10 b') Además, cabe preguntarse desde qué punto de vista ha de establecerse qué bienes, se asignen a quien se asignen, son dignos de protección y la necesitan. Este punto de vista es el público, aun cuando se trate de la protección de bienes privados, pues cuando se eleva algo a bien jurídico de una norma penal, ello quiere decir por definición que su protección se convierte en una tarea pública. Con ello, sin embargo, no se ha determinado qué bienes privados deben ser protegidos bajo tutela pública y qué bienes públicos necesitan protección penal. La doctrina de los bienes sirve de poco para decidir esta cuestión. La respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva,

⁶ Welzel, ZStW, 58, pp. 491 ss., 509.

⁷ M. Marx, Definition, pp. 79 ss., y *passim*; Hassemer, Theorie, pp. 68 ss., con distinciones notables, pp. 233 ss.

⁸ SK-Rudolphi, núm. marg. 8 s., ante § 1; el mismo, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 161 s.; Calliess, Theorie, pp. 131 ss., 143 ss.

⁹ Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, pp. 113 ss., 118 ss.; Schmidhäuser, Engisch-Festschrift, pp. 443 ss., 443 s., y la doctrina dominante, vid. sólo Maurach-Zipf, AT, I, § 19, núm. marg. 4 ss.; Schönke-Schröder-Lenckner, núm. marg. 10, ante § 13.

¹⁰ Binding, Normen, t. I, pp. 357 ss.

¹¹ Vid. Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 391 s.

con la que no se corresponde necesariamente la disvaloración del comportamiento lesivo para los bienes.

c') Por último, ha de establecerse la capacidad para disponer de un bien en tanto que se le encuentra digno de protección y necesitado de ella. La decisión no queda prejuzgada por la suposición de quién es el favorecido en definitiva. Así, en un modelo según el cual la protección de la propiedad no deba servir al individuo, sino a la vida económica general y a través de ello favorecer al Estado, se puede dejar la capacidad para disponer al ciudadano singular, p. ej., en la suposición de que su egoísmo garantiza un empleo económicamente óptimo. A la inversa, en un modelo en virtud del cual la protección del bien debe llevarse a cabo en favor del individuo, puede estar sujeta su capacidad para disponer, p. ej., si se le prescribe lo que es conveniente (la voluntad correcta del que posee la capacidad prevalece sobre su voluntad real). Pero, ante todo, los bienes que deben servir a todos los individuos sólo se pueden gestionar en común, de modo que incluso con un criterio individualista al reconocer los bienes no se puede soslayar la capacidad de disposición del Estado (p. ej., propiedad pública)^{11a}.

Con arreglo al Derecho vigente, la determinación de la capacidad se lleva a cabo de modo dualista —a excepción de los bienes absolutamente indisponibles, como p. ej. la existencia de la República Federal Alemana—; junto a los bienes cuya capacidad de disponer corresponde al individuo o a una agrupación de individuos, aparecen los bienes (disponibles en absoluto menos veces) que pertenecen al Estado o a otra persona jurídica de Derecho público, y los bienes cuya capacidad corresponde a la sociedad en general. De la capacidad de disposición depende el efecto (excluyente del tipo o justificante) del consentimiento (*infra* 7/114; 14/7).

— Cuanto más decrece la confianza en que los presupuestos de la vida y de la configuración de la vida de los ciudadanos se ajustarán por vías naturales mediante autorregulación del mercado o de otra forma, tanto más asume el Estado la administración de tales presupuestos y extiende, en su regulación final, la protección penal a estos presupuestos, que alcanzan el rango de bienes jurídicos: medio ambiente, salud pública, etc. En cuanto al principio, esto no constituye ninguna novedad; en puridad, toda institucionalización de la actividad estatal puede convertirse en bien jurídico; en esa medida los modernos fines del Estado no se diferencian de los clásicos (seguridad externa e interna). Pero los nuevos bienes presentan especialidades cuantitativas que diluyen el concepto de bien jurídico: su límite con lo adecuado socialmente es, cuando claro, objetivamente arbitrario (drogas prohibidas contra drogas permitidas), y en los demás casos un producto tan vago del arbitrio del Gobierno y de la Administración que la protección del bien amenaza con desaparecer detrás la protección de la ejecutabilidad de las decisiones (medio ambiente). Pero no se ha deter-

^{11a} Zaczek distingue originariamente entre bienes jurídicos constituidos interpersonalmente (Unrecht, pp. 165 ss.), bienes jurídicos de la sociedad (pp. 170 ss.) y bienes jurídicos del Estado de libertades (pp. 181 ss.); en función de su distinta constitución, les vincula distintas consecuencias para la tentativa, sobre todo para los defectos de la acción típica (pp. 231 ss.). Al respecto, *infra* 25/nota 57.

minado si el Estado social que administra la calidad de vida podría renunciar libremente a la protección de tales bienes jurídicos ^{11b}.

B. El concepto de bien jurídico

12 1. Un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica. Sin embargo, podría argumentarse que la protección jurídica constituye prueba suficiente y decisiva de la valoración positiva de la situación. El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca «todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta» ¹². La concreción de esta determinación conduce a una «enumeración un tanto desordenada de los “activos del ordenamiento jurídico”» ¹³, es decir, como fruto de la enumeración no cabe extraer teoría alguna de la sociedad, sino sólo las oscilaciones y compromisos en la práctica. También en esta variante positivista se halla aún un aspecto crítico para con el Derecho positivo ¹⁴: Si ha de existir un bien jurídico es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para la «vida sana», lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es valioso para algo, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal. De todos modos, este resto crítico del concepto de bien jurídico se puede reducir también concibiendo la definición del concepto tan elásticamente que incluya todo fin de regulación. El bien jurídico ha de entenderse entonces como «sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares» ¹⁵ o como «abreviatura de la idea de fin» ¹⁶.

13 2. Sin embargo, al concepto de bien jurídico le asigna la doctrina mayoritaria una función más fuertemente crítica. El valor de situación no debe ser renunciabile —el que el «mero actuar contra las buenas costumbres» o la «mera inmoralidad» por falta de lesión de bien jurídico no quepa definirlo como he-

^{11b} Inclinado a la renuncia, Hassemer, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss., 90 ss.; *el mismo*, NSiZ, 1989, pp. 553 ss., 557 ss.; con bastante más reservas AK-Hassemer, núm. marg. 274 ss., ante § 1. Con detalles, en favor de la referencia de la protección del ambiente al individuo, rechazando la protección del ambiente por sí misma, AK-Hassemer, núm. marg. 276 ss., 280, ante § 1; Bloy, ZStW, 100, pp. 484, 487 ss.; distinguiendo, Rengier, NJW, 1990, pp. 2506 ss., todos con bibliografía.

¹² Binding, Handbuch, t. I, pp. 353 s.; *el mismo*, Normen, t. I, pp. 338 ss., 341 s. Sobre Binding, detalladamente, Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 73 ss.; Hassemer, Theorie, pp. 42 ss.; Sina, Dogmengeschichte, pp. 41 ss.

¹³ V. Liszt, ZStW, 6, pp. 663 ss., 676, contra Binding; al respecto, Frommel, Präventionsmodelle, pp. 115 ss.

¹⁴ Vid. Hassemer, Theorie, p. 47; *el mismo*, Arthur-Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss. (con razón, sobre la potencia crítica más reducida —por propensos a la ideología— de los bienes no personales, pp. 89 ss., 92 ss.); AK-Hassemer, núm. marg. 262 ss., 274 ss., ante § 1; Amelung, Rechtsgüterschutz, p. 80.

¹⁵ Honig, Einwilligung, p. 94; en conclusión, también Maeck, Opfer, pp. 26 ss.

¹⁶ Grünhut, Frank-Festgabe, t. I, pp. 1 ss., 8; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, p. 27; *vid. sobre ello*, Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 130 ss.; Hassemer, Theorie, p. 49.

cho punible se puede señalar como una de las principales metas de la doctrina del bien jurídico— ¹⁷ y tampoco hay que atenerse para la determinación del valor a los «ojos de la ley». Más bien, la bondad del bien jurídico debe ser ya un «interés vital» antes de su reconocimiento jurídico. «No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico» ¹⁸, aun cuando no queda claro en virtud de qué criterios el Derecho positivo distingue entre los intereses que han de reconocerse y los que han de rechazarse (también los delincuentes persiguen intereses) ¹⁹. Con optimismo naturalista menos acusado, en lugar de la «vida» como creadora de intereses, aparece al menos en ocasiones la cultura. «Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses, hay que estudiar la Historia de la Cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana» ²⁰. Ahora bien, obviamente, la indeterminación de la «cultura» (¿una cultura aislada del respectivo ordenamiento jurídico?) ²¹ como fuente de intereses debilita la potencia crítica.

3. a) Ultimamente los esfuerzos se dirigen a conservar para el concepto de bien jurídico la relación (comprendida en el interés, valorable positivamente) ^{22 23} entre una persona y una situación, pero sin imponer al concepto la función de designar a las fuentes de estas relaciones valorativas (vida, cultura, ordenamiento constitucional, etc.) ²⁴. Con esta inclusión de la persona en el concepto de bien jurídico se puede encontrar lo valioso del bien jurídico mejor que mediante la mera enumeración de objetos. Desde luego que así pierde claridad el concepto, pero hay que aceptarlo, porque ciertamente no existe posibilidad de definirlo con mayor claridad. No obstante, la inclusión de la persona hay que precisarla aún. No se trata del acto de valoración realizado por la persona (que no necesita protección penal), sino de la posibilidad de que una persona realice sus intereses. La posibilidad asignada a una persona, referida a ella, consistente en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente: eso es el bien jurídico. Ejemplo: bien jurídico de los delitos contra la propie-

¹⁷ M. Marx, Definition, pp. 84 ss.; Roxin, JuS, 1966, pp. 377 ss., 382; Rudolphi, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 162, 165; Jaeger, Strafgesetzgebung, pp. 29 ss., y *passim*; Worms, Bekenntnisbeschimpfung, pp. 80 ss. y otras. De otra opinión, Preiser ZStW, 82, pp. 655 ss., 658; también Peters, Würtenberger-Festschrift, pp. 77 ss., 78 s.

¹⁸ V. Liszt, Strafrecht, 5, § 3 I 1, con nota 1; *el mismo*, ZStW, 6, pp. 662 ss., 673; *el mismo*, ZStW, 8, pp. 133 ss.

¹⁹ Para la crítica, *vid. Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 82 ss., 95.

²⁰ M. E. Mayer, Strafrecht, p. 21, subrayando, con razón, la distinción entre la función disolvente y configuradora del Derecho penal; *el mismo* Rechtsnormen, pp. 14 ss.; *vid. asimismo Lampe*, Welzel-Festschrift, pp. 151 ss. Acerca de las teorías neokantianas, con detalle, *vid. Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 125 ss.

²¹ Negándolo, M. E. Mayer, Rechtsnormen, pp. 23 s.

²² El concepto se mantiene a veces; Baumann-Weber, AT, § 12, II, 3 a; Maurach-Zipf, AT, I, § 189, II, núm. marg. 10.

²³ M. Marx Definition, p. 67; Sina Dogmengeschichte, pp. 60 ss., 96 ss.; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, p. 115; Stratenwerth, AT, núm. marg. 210.

²⁴ Desde luego, también el Derecho penal puede realizar (temporalmente) antes la relación valorativa. Ciertamente hay que conceder que el Derecho penal es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio sólo pueda ir a remolque; acertadamente, Stratenwerth, AT, núm. marg. 51; Kunz, Bagatellprinzip, pp. 136 ss., 144; de otra opinión, SK-Rudolphi, núm. marg. 5, ante § 1.

dad no es la cosa sobre la que recae la propiedad, sino la relación de posibilidad de utilización entre propietario y cosa.

- 15 b) Partiendo del criterio expuesto, los bienes jurídicos se definen, p. ej., como «objetos en su relación con las personas»²⁵, «unidades funcionales valiosas»²⁶, «potenciales»²⁷ o «participales» (*Partizipalien*), es decir, «condiciones de posibilidad de participar en la interacción social»²⁸. En lo sucesivo se adoptará el concepto de unidad funcional. En este concepto se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano. Este concepto evita, además, el malentendido de que un bien jurídico deba referirse a algo perceptible sensorialmente o a un objeto similar. Desde luego, el concepto de unidad funcional tampoco resuelve el problema de qué funciones han de reconocerse como jurídicamente legítimas (también una asociación delictiva es una unidad funcional); en esta medida el concepto no ofrece ventaja alguna frente al de interés: este punto flaco es inherente, por su constitución, a todo concepto de bien jurídico.

C. Normas no referidas a bienes jurídicos

- 16 1. a) Muchos contenidos de normas del Derecho vigente no cabe explicarlos si se busca el fin de la norma sólo en la protección de bienes jurídicos, como sucede, entre otras, con las modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, irrelevantes en relación con una lesión de bienes jurídicos. La protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza a explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos. La equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional.
- 17 b) Por lo regular, el comportamiento que se espera del autor se agota en algo negativo: El autor no debe realizar comportamiento alguno que entrañe una lesión (*infra* 7/56; 21/16 ss.; 28/14; 29/29 ss.). En los casos de deberes especiales por responsabilidad institucional, sin embargo, debe existir entre el autor y el bien una relación positiva, es decir, una dedicación —no necesariamente interesada—, en el caso ideal una comunidad vital (*infra* 7/70; 21/115; 25/43 ss.; 28/25; 29/57 ss.). A causa de esta comunidad le afectan al autor expectativas especiales de comportamiento, cuyo contenido no se puede reflejar (deberes especiales que fundamentan pena, delitos especiales propios), o sólo incompletamente (deberes especiales que agravan la pena, delitos especiales impro-

²⁵ M. Marx, Definition, p. 67; similarmente, Worms, Bekenntnisbeschimpfung, pp. 79, 85 ss. y *passim*.

²⁶ SK-Rudolphi, núm. marg. 8, ante § 1; Rudolphi, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 163; Ono, en: Strafrechtsdogmatik, pp. 1 s., 8.

²⁷ Loos, Welzel-Festschrift, pp. 879 ss., 888.

²⁸ Calliess, Theorie, pp. 143 ss.; esta definición no se ajustará al menos a aquellos bienes que (también) sirven para negar la participación en la interacción (p. ej., la esfera íntima).

prios), si se atiende a la no lesión de un bien²⁹. La expectativa que se refiere a un deber especial no se deriva de la existencia actual de bienes, sino de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a una institución. Si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que debe gestionar el autor. La institución sólo es una unidad funcional si está intacta, para lo cual, a su vez, el autor debe desempeñar su papel. La relación del autor no es precisamente sólo negativa. Ejemplos: Quien maltrata a una persona confiada a su cuidado (§ 223 b del StGB) no realiza —junto a las lesiones, que no son delito especial— una vulneración de la relación de guarda, sino que la relación de guarda no existe en absoluto como unidad funcional (y no sólo como derecho) en caso de malos tratos. Del mismo modo, tampoco tienen lugar verdaderas administraciones patrimoniales de tutoría en caso de infidelidad (§ 266 del StGB), ni desempeño correcto de función pública en caso de cohecho (§ 332 del StGB)³⁰, ni administración de justicia en caso de prevaricación. Naturalmente, a la existencia de todo bien jurídico le es connatural que no se produzca su lesión; pero en los delitos especiales el bien jurídico como unidad funcional surge sólo cuando el sujeto del deber (el obligado) desempeña el papel que le está asignado en la institución. En los delitos especiales no se trata, pues, de la perturbación de unidades funcionales existentes, intactas en sí, sino de la negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional. En los delitos de propia mano se verifica un correlativo desplazamiento de la lesión del bien jurídico a la no-producción de bienes jurídicos.

2. Así pues, no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber³¹. Este incumplimiento de deber no ha de ser sólo un nombre que designe lo que tienen en común los delitos de lesión de un bien jurídico y los delitos especiales. Más bien, con la fórmula del delito como incumplimiento de un deber se alude a algo más que a un supraconcepto, es decir, a una concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales. Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación sólo negativa (¡no lesionar!), sino siempre de la negativa a comportarse con-

²⁹ Desde luego, el concepto de bien jurídico se puede expandir de forma que abarque también todos los posibles elementos del delito, y con ello también los deberes especiales (así, p. ej., Mezger, ZStW, 57, 675 ss., 697; AK-Hassemer, núm. marg. 282, ante § 1), lo que sin embargo se ha criticado desde hace tiempo con razón como «noche para los conceptos, que hace desaparecer todas las diferencias» (Welzel, ZStW, 58, pp. 491 ss., 511, nota 30).

³⁰ La concepción de los §§ 331 ss. StGB como delitos para mantener la disposición de la ciudadanía a aceptar las decisiones de la autoridad (Loos, Welzel-Festschrift, pp. 879 ss., 890) abandona la unidad funcional, encaminándose hacia la protección de sentimientos; sobre ello, en seguida, *infra* 2/19.

³¹ Schaffstein, DStr. 2 (1985), pp. 97 ss.; el mismo, en: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), pp. 108 ss.; matizadamente, el mismo, DStrR, 4 (1937), pp. 335 ss.; Dahm, ZStW, 57, pp. 225 ss.; distinguiendo notablemente Welzel, ZStW, 58, pp. 491 ss., 509 ss.; Gallas, Gleichpach-Festschrift, pp. 50 ss., 67 ss. Exposición detallada en Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 216 ss.; *vid.* asimismo, Sina, Dogmengeschichte, pp. 79 ss.; Marxen, Kampf, pp. 177 ss.; Frommel, en: Straßjustiz, pp. 86 ss.

forme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar. La confusión de relación sólo negativa y delitos especiales elimina una diferenciación dogmáticamente fructífera (*vid.* las referencias 2/17). Históricamente, la concepción esbozada del hecho punible como incumplimiento de un deber se ve negativamente afectada por los intentos de inspiración nacional-socialista de definir los deberes primariamente no por el comportamiento externo, sino por actitudes ³².

- 19 3. a) a') La concepción de la finalidad de la norma como protección de bienes jurídicos no se ajusta a aquellas normas que deben proteger directamente la paz social sin pasar por la protección de bienes ³³, como p. ej. ³⁴, las prohibiciones de maltratar a los animales ³⁵ (§ 17 de la TierschutzG), de las injurias a la religión (blasfemia) ^{35a} (§ 166 del StGB), del incesto ^{35b} (§ 173 del StGB), del exhibicionismo (§ 183 del StGB) y la provocación de escándalo público (§ 183 a del StGB). Cabe armonizar estos delitos con la teoría del bien jurídico, interpretándolos como delitos de peligro extremadamente abstracto, que prohíben el ataque simbólico a bienes concretos. Así como el § 90 a del StGB protege al Estado en sus símbolos, en los casos mencionados, según esta concepción, se protege la vida humana, la libertad religiosa o la autodeterminación sexual, etc. La necesidad de una protección tan marcadamente anticipada puede defenderse siempre fácilmente y por ello no proporciona fundamentación alguna; por decirlo gráficamente: Incluso la prohibición de infringir las reglas de urbanidad en la mesa se podría «explicar» como protección abstracta frente a la barbarie ³⁶. Además, cabe vincular un bien a la protección de sentimientos del afectado, convirtiéndose al bien en una magnitud dependiente sólo de la sensibilidad del afectado, pudiendo por tanto abarcar todo ob-

³² Tampoco la teoría de la lesión del bien jurídico ofrece protección contra este peligro: Lesión del bien jurídico, infracción de deber y principio del hecho son tres cosas distintas; sobre ello, ya *supra*, nota 2. En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga un contenido «liberal» por principio; sobre ello, acertadamente, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 257 ss.

³³ En relación con el texto que sigue, *vid.* *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 344 ss., 371 ss.; *Hassemer* Theorie, pp. 160 ss., y *passim*.

³⁴ La prohibición, que se suele aducir en este contexto, de ofender la memoria de los difuntos (*Hassemer*, Theorie, pp. 177 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 11, ante § 1, entre otros) cabe interpretarla como protección de bienes jurídicos si los §§ 185 se conciben no sólo como orientados a la protección del individuo, sino también como protección de los principios de imputación informales frente un uso que los falsee; sobre ello, *Jakobs*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 527 ss., 636 s.

³⁵ Sobre ello *vid.* *Gallas*, Beiträge, pp. 1 ss., 13; *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 382, nota 20; *Stratenwerth*, Leitprinzipien, pp. 7 ss., 25; *Hassemer*, Theorie, p. 154; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 346, 378; *Wiegand*, Tierquälerei, pp. 136 s. (la protección de los animales como protección del ambiente).

^{35a} Un intento de interpretarlo como delito contra la persona (vulneración de la «relación de reconocimiento») se encuentra en *Worms*, Bekenntnisbeschimpfung, pp. 132 ss., 140; como prohibición de poner en peligro abstracto interpreta la norma *Fischer*, GA, 1989, pp. 445 ss.

^{35b} Al respecto, *Jung*, *Leferenz-Festschrift*, pp. 311 ss., con bibliografía.

³⁶ En el Proyecto de 1962 los hechos punibles contra la moralidad (en sentido estricto!) aparecen en la Fundamentación, como delitos de peligro abstracto sobre bienes jurídicos por reconocer; *vid.*, p. ej., en relación con el § 203 (Trasmisión artificial de esperma?), *Begründung*, pp. 356 s.; sobre el § 216 (sodomía), *Begründung*, p. 376; sobre el § 220 a (exhibición impúdica), *Begründung*, p. 384.

jeto de regulación de una norma, aun cuando no se trate de una unidad de funcionamiento objetiva ³⁷.

b') Lo determinante sería que una infracción de las prohibiciones mencionadas despierta temores muy heterogéneos, que van desde imaginaciones difusas sobre ulteriores consecuencias dañosas hasta la defensa frente a tales conductas por propia iniciativa. El comportamiento se prohíbe por estos efectos desorientadores ³⁸, que no resultan compensados por utilidad social alguna: se protege la paz social. Que la inquietud producida por el comportamiento pueda basarse en una falta de ilustración no importa nada; una sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado no son compatibles ³⁹.

b) Pero al menos ha de pretenderse la protección de la paz jurídica. Los contenidos del comportamiento de otras personas no pueden regularse jurídicamente por esos mismos contenidos. Un comportamiento sin efectos exteriores, ni objetivamente ni según opinión de los conciudadanos, queda al margen del ámbito del comportamiento que ha de regularse penalmente, por falta de referencia social, como mera inmoralidad. Qué es lo simplemente inmoral no cabe desde luego averiguarlo sin presuposiciones sobre la conformación de la sociedad. El hecho de que, p. ej., la muerte de una persona contrahecha no sea meramente inmoral, pero sí lo sea la actividad lésbica, rige sólo para sociedades que consideran cada existencia como asunto público, pero no así la actividad sexual consentida de los individuos. Para las sociedades que se definen como bastión de élites biológicas, la decisión puede ser la contraria; las sociedades que elevan a asunto público el perfeccionamiento de sus miembros pueden penalizar las dos formas de conducta mencionadas. No hay, pues, un límite absolutamente válido entre comportamiento simplemente inmoral, por una parte, y lesión de bienes jurídicos, incumplimiento de deberes especiales y perturbación de la paz social, por otra; ahora bien, sí puede determinarse el límite relativamente para una sociedad de características determinadas ^{39a}.

III. CRITICA DE LA TEORIA DE LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS

A. El rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de bien jurídico es escaso. Pero además hay dos objeciones básicas añadidas: 22

1. Por una parte, la teoría del bien jurídico puede concebir el bien en relación con su titular, pero no demostrar la necesidad de asegurar el bien tam-

³⁷ Contra las teorías de la protección del sentimiento, con razón, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 346 s., y *passim*; *Fischer*, GA, 1989, pp. 445 ss., 456 ss.

³⁸ Fundamental, *Hassemer*, Theorie, pp. 126 ss., 192; *vid.* también EGMR NJW, 1984, pp. 541 ss., 54 s.

³⁹ Los partidarios de la teoría de la protección de bienes jurídicos reconocen como excepción en ocasiones los delitos contra la paz (*SK-Rudolphi*, núm. marg. 11, ante § 1; *Hanack*, 47, DJT, t. I, parte A, pp. 32 s.; de otra opinión, *Rudolphi*, *Honig-Festschrift*, pp. 151 ss., 165 s.).

^{39a} *Vid.* *Kunz*, Bagatellprinzip, pp. 156 ss., 161, 167.

bién jurídico-penalmente⁴⁰. Ejemplo⁴¹: La veracidad de una información es siempre un bien para el destinatario, pero sólo en contados casos está reconocida como bien jurídico. Por eso hay que injertar la dañosidad social en la lesión del bien desde fuera, para poder calificarla de lesión de bien jurídico. Qué unidades de funcionamiento puedan elevarse a bienes jurídicos por su significación social no lo puede determinar la doctrina del bien jurídico, como tampoco fundamentar que la protección de las normas siempre ha de ser aplicable a bienes. *La configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes*. La suma de todos los bienes jurídicos no forma «el orden social»⁴², sino que constituye sólo un sector de éste, que además sólo se puede caracterizar si es que se conocen los límites del orden social. Sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, y el interés público no siempre se refiere sólo a la conservación de bienes.

- 23 2. Por otra parte, ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfrutan de protección absoluta. La sociedad no es una institución para la conservación de bienes o para optimizarlos; en realidad, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social (lo que puede designarse a su vez como un bien). Qué riesgos haya de soportar un bien en el contacto social sin protección jurídico-penal no se puede deducir de los bienes que se insertan en el contacto social; pues dichos bienes no tienen rango alguno determinable antes de su empleo en el contacto social, sino que «en realidad sólo hay bienes jurídicos si (y en la medida en que) están desempeñando una “función”, es decir, en la medida en que están en la vida social surtiendo efectos y recibéndolos. La vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc., no están simplemente “ahí”, sino que su esencia reside en desempeñar una función, es decir, en la conexión social de ejercer efectos y recibirlos»⁴³. Por ello, una norma no puede proteger a un bien —siempre que se trate de protección de bienes— contra todos

⁴⁰ Fundamental, Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 331 ss., 350. Amelung repite en su desarrollo de la teoría del daño social la confusión, ya planteada en la teoría del bien jurídico, de bien jurídico-penal con el bien protegido por la norma, es decir, con el bien jurídico tal como se lo concibe comúnmente. El Derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad sólo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma (así también Amelung, *op. cit.*, p. 361). Dada esta situación, el «lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito» no reside ya en los «procesos de interacción» perturbados por el hecho como suceso externo (así, no obstante, Amelung *op. cit.*, pp. 385 s.), sino sólo en la validez de la norma. Sólo así cabe explicar el distinto tratamiento —señalado incluso por Amelung, *op. cit.*, p. 388— de los casos de asesinato y de los accidentes de circulación mortales.

⁴¹ Según Hassemer, Strafrechtsdogmatik, pp. 129 ss.

⁴² Así, no obstante, Welzel, Strafrecht, § 1, I, 1, entre otros; notablemente más matizado (el bien jurídico como «topos de argumentación»), AK-Hassemer, núm. marg. 289, ante § 1.

⁴³ Welzel, ZStW, 58, pp. 491 ss., 515. Rudolph (Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 162 ss.; SK-Rudolph, núm. marg. 8, ante § 1) intenta incorporar al concepto de bien jurídico la dinámica de las relaciones sociales. Entonces, el bien jurídico y sus posibilidades de existencia se imbrican: Al menos las intervenciones socialmente adecuadas sobre un bien se convierten en aniquilación de éste según el concepto (frente a estas intervenciones, el objeto no es un bien). En la necesidad de un cambio de perspectiva desde el bien hacia la dañosidad social (¿qué es un bien, qué es un bien digno de protección, con qué alcance ha de prestarse protección?) no altera nada la limitación del concepto de bien jurídico a los bienes protegidos en concreto.

los riesgos, sino sólo contra aquellos que no sean consecuencia necesaria del contacto social permitido. Pero qué sea un contacto social permitido no lo puede dilucidar la doctrina del bien jurídico: Toda la teoría de la imputación, a excepción de la causalidad entre acción y resultado (en la omisión: entre acción hipotética y resultado de salvación), así como en todo caso algún elemento del estado de necesidad agresivo (ponderación de bienes), se hallan tan fuera de la perspectiva de la doctrina de los bienes como la limitación del ataque punible a los bienes en numerosos delitos por medio de modalidades de hecho subjetivas u objetivas o —especialmente en los nuevos «bienes jurídicos de amplio espectro»^{43a} como el «ambiente»— por medio de patrones permitidos por el Derecho administrativo. ¡Inténtese aclarar la configuración del tráfico rodado permitido mediante los bienes que participan en este contacto social!

B. A pesar de estos dos defectos de partida de que adolece la doctrina del bien jurídico, no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico⁴⁴. Prescindiendo de que esta vía presupone también determinar previamente la configuración del Estado y de la sociedad que ha de mantenerse, pero que por ella no se obtiene⁴⁵, es lo cierto que la configuración social se concreta por ámbitos en bienes. Este concretarse en bienes tiene la función de abreviar la cuestión de la concreta dañosidad social de cada lesión de bien jurídico mediante la remisión a la importancia general del bien, pero de relativizar al menos el peso de la concreta dañosidad social. Especialmente en bienes altamente personales (no transferibles o no confiables al aprovechamiento por otros), pero atenuadamente en todos los bienes, las unidades de función son un medio con el que se debe garantizar la equiparación según la medida de la lesión imputable del bien⁴⁶. Dicho gráficamente: En un homicidio no debe plantearse la cuestión del valor social de la víctima muerta. La condición de punibilidad que ha de aplicarse en el recurso directo a la dañosidad social en todos los delitos, consistente en que el hecho debe ser apropiado para perturbar la paz social, obliga a hacer diferenciaciones que en los delitos que protegen bienes son incompatibles a su vez con la paz social⁴⁷. Lo que aquí se mantuvo acerca de la justificación relativa de la doctrina de los bienes es aplicable correlativamente a las instituciones en los delitos especiales. Naturalmente, en el ámbito de la concreción del orden social en bienes o ins-

^{43a} Baratta, KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 137; Seelmann, NJW, 1990, pp. 1257 ss., 1258 s.; *vid. asimismo supra*, 2/nota 11 b.

⁴⁴ Así, no obstante, Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 393 ss.; sobre ello Montenbruck, Abwägung, pp. 76 ss.

⁴⁵ Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 363, con nota 67, 382; Stratenwerth, AT, núm. marg. 59; Neumann y Schroth, Theorien, pp. 112 ss.

⁴⁶ Dado que el bien jurídico ha de entenderse como relación, puede tenerse en cuenta el efecto coactivo que la pérdida tiene para el titular. No obstante, el uso y disfrute legales del titular, dado el mismo efecto coactivo, no pueden diferenciarse por su mayor o menor utilidad social (esta función de parachoques —Pufferfunktion— de los bienes la pasa por alto Maack, Opfer, pp. 31 ss.). Ejemplo: Un delito contra el patrimonio es más grave según que la pérdida fuerce a la víctima a mayores limitaciones en su modo de vida (debiéndose decidir objetivamente la cuestión de si a la víctima «le queda» aún lo suficiente); pero la pérdida de capital para invertir y de una suma prevista para repartir entre los colaboradores cuentan igual. *Vid.* BGH, 29, pp. 319 ss., 323.

⁴⁷ Sobre ello también Amelung, Rechtsgüterschutz, p. 390.

tituciones no se garantiza protección absoluta alguna; los elementos del alcance de la protección (la imputabilidad de la lesión del bien, así como de las modalidades de su ataque) deben añadirse al bien o a la institución siempre desde fuera.

- 25 C. En definitiva, no cabe prescindir del filtro de la dañosidad *social*, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo disvalioso *per se*, sino siempre a la dañosidad *social*. Incluso el acuerdo acerca de la fórmula de que el Derecho penal sólo debe proteger las condiciones de existencia de la sociedad rinde escaso fruto, pues no hay frontera obligatoria alguna de lo social y consecuentemente tampoco hay *numerus clausus* de las condiciones de existencia: Ejemplo: El que la violación —como ocurre en el Derecho vigente— sea un delito específico (y no meras coacciones) sólo fuera del matrimonio o también dentro del matrimonio puede depender, además, entre otras circunstancias, de si el matrimonio se concibe como apertura de un amplio ámbito privado o de si la autodeterminación (libertad) sexual se entiende ampliamente como tarea pública. En este último caso, con el ámbito de lo relevante públicamente crece el ámbito de las condiciones de existencia de la *sociedad*.

IV. CASOS DE ANTICIPACION

- 25a A. Un comportamiento no constituye una perturbación social sólo cuando se ha producido completamente un daño en el bien jurídico, o el autor ha abandonado irreversiblemente su papel, o cuando concurre por completo un suceso perturbador de la paz jurídica. Bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica (*supra* 2/2). Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración. Ejemplo: Quien dispara a una víctima, pero no acierta, no se sustrae a la pena con el argumento de que no hay infracción de la norma por falta de lesión completa o incluso muerte de la víctima; más bien ocurre que también en caso de ataque a la vida o a la salud sin consecuencias se ve menoscabada la validez fáctica de las normas para la protección de estos bienes.

Para determinar el comienzo de tal ataque no se atiende a la protección óptima de la víctima (para ello sería conveniente definir como ataque ya los malos pensamientos del autor), sino también al interés de cualquiera, incluido, por tanto, el autor, en una esfera interna (libre de responsabilidad social)^{47a}. Se trata del problema de la determinación del comienzo de la tentativa y de la punición de los actos preparatorios (*infra* 25/1 ss.), donde la solución se puede formular con el lema de que tanto al autor como a la víctima le está garantizado un ámbito de organización propio; consiguientemente, la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada.

- 25b B. 1. También se produce una anticipación cuando, en lugar del bien jurídico o en lugar de la institución de la que es propio un determinado papel,

^{47a} Jakobs, ZStW, 97, pp. 751 ss., 753 ss.

se protegen independientemente, como bienes de un ámbito previo (*Vorfeld*), ya las condiciones de existencia del bien o de la institución. Ejemplos: La protección de la vida y la salud se lleva a cabo también mediante la protección de la seguridad del tráfico rodado o del buen estado de los alimentos; el funcionamiento de un proceso justo presupone que los respectivos actores no confundan sus papeles (§ 356 del StGB). En este ámbito no se trata de que al autor respete demasiado poco el bien jurídico o la institución en la que desempeña su papel, sino de que, sin consideración a la capacidad del participante concreto, se han de garantizar determinados estándares. Ejemplo: El que para la culminación del proceso es importante que un testigo diga la verdad no lo puede decidir cada testigo según su capacidad de percepción, si es que se quiere que funcionen procesos justos.

También en este ámbito de los *delitos de peligro abstracto* hay que considerar que totalizar la protección de los bienes singulares conlleva simultáneamente minimizar la libertad y la esfera privada. Que comprar un cuchillo no fuese punible ya como tentativa de homicidio serviría de poco al principio del hecho si se considerase —aunque se limitase a una compra «con fines antijurídicos»— punible como delito de peligro abstracto. Al igual que en la tentativa, en estos delitos el autor sólo se sale de su esfera privada cuando se arroga poder de organización (con detalle *infra* 6/86 ss., 25/1 ss.).

2. El límite entre bienes jurídicos como unidades funcionales y bienes del ámbito previo discurre muy vagamente, pues también ese ámbito previo se halla en el contexto de la función. Así, se puede considerar, p. ej., a la seguridad del tráfico como bien del ámbito previo para la vida y la salud (entre otros) de los participantes en el tráfico o como como bien jurídico que corresponde a la generalidad. Esta posibilidad de reformularse tan pronto en un ámbito como en otro es inocua con tal que se trasladen simultáneamente las cautelas propias del ámbito de procedencia. Así pues, lo que en el ejemplo es ilegítimo para el ámbito previo de la vida y la salud lo sigue siendo para un bien jurídico propio «seguridad del tráfico rodado».

C. 1. La validez fáctica de la norma es asunto tanto del autor como de la víctima; el autor debe respetar la norma, la víctima debe estar tan segura en su expectativa de que la norma se va a respetar que pueda orientar su conducta por esta idea. La seguridad de la víctima en la expectativa se puede atacar también sin infringir la norma, p. ej., fingiendo ante ella que la norma no está vigente o —lo que es en la práctica más importante— que en breve se va a infringir, o creando de otro modo condiciones que hagan dudar a la víctima sobre la base cognoscitiva de la seguridad en las expectativas.

2. En tales formas de conducta ha de distinguirse:

a) El autor puede propagar que una norma es ilegítima, p. ej., recompensando o aprobando su contravención (§ 140 del StGB), o puede presentar como deseable el trato violento entre las personas (§ 131 del StGB)^{47b}, etc., es decir, crear un *clima* hostil al Derecho en el que, si cunde, las normas desautorizadas se podrían infringir en masa. En tales casos, el autor se arroga un juicio sobre normas, pero no una organización a él no asignada. El autor tampoco

^{47b} Más ejemplos en Jakobs, ZStW, 97, pp. 751 ss., 779 ss.

incita a acción alguna, sino que «sólo» interpreta el mundo en sentido contrario a la ley penal. Es decir, manifiesta una opinión —quizá extrema—, pero nada más ^{47c}. En un Estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano también tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit en libertades ^{47d}. Son tanto antes necesarios cuanto más frágil es en realidad la legitimación del Derecho penal, pues se la puede atacar de modo tan persuasivo.

b) El autor puede atacar, además, la seguridad de la expectativa mediante la alteración de su base cognoscitiva, colocando a la víctima en una situación en la que ya no puede contar con que la norma vaya a ser respetada. Cuando ello sucede de modo distinto a mediante comunicación de una verdad (informe de un ataque que amenaza producirse), se trata de una arrogación de organización por parte del autor: Éste amenaza a la víctima misma con un delito expresa o concluyentemente (p. ej., mediante la incitación pública al hecho) o finge ante ella la existencia de una amenaza; con motivo del delito realmente próximo, o bien de la ficción, a la víctima no le queda ya posibilidad de orientarse racionalmente como si no fuese a verse afectado por el delito. Tal menoscabo de la seguridad de la expectativa es un *injusto parcial* derivable del delito anunciado en cada caso como inminente, castigado principalmente en los §§ 126, 241 del StGB ^{47e}.

V. ¿SUBSIDIARIEDAD DE LA PUNICION ESTATAL?

26 A. Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado *principio de subsidiariedad* ⁴⁸. La intercambiabilidad de pena y medida de seguridad (§ 67, párrafo 4 del StGB) y la prevalencia del fin de la medida de seguridad (§ 67, párrafo 5 del StGB) representan —junto a otras instituciones de Derecho material (§§ 47, 56, 57 del StGB, entre otros) y procesal (§§ 153 ss. de la StPO)— manifestaciones jurídico-positivas masivas de tal principio. En los supuestos más veces citados (re-

^{47c} Vid. Grünwald, Vom Nutzen und Nachteil, t. II, pp. 489 ss., 503 s.; Fetscher, op. cit., pp. 506 ss.; Müller-Dietz, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 95 ss.

^{47d} Casi abiertamente confesado en BT-Drucksache VI/3521, p. 6, donde se concede para el ensalzamiento del poder que hay que partir de tener que proteger de desarrollos defectuosos también a los adultos: Esto no debe querer decirse en tono totalitario, pero sí paternalista, y difícilmente libertario. De modo totalmente semejante acerca de la recompensa y aprobación de infracciones penales, AK-Ostendorf, § 140, núm. marg. 3: Se acepta la censura cuando se dirige a evitar la disposición al delito.

^{47e} Sobre otra penalización de injusto parcial, vid. Jakobs, ZStW, 97, pp. 751 ss., 777 s.; Köhl, NJW, 1987, pp. 737 ss., 743 ss.

⁴⁸ Roxin, JuS, 1966, pp. 377 ss., 382; Zipf, Kriminalpolitik, § 3, 2.5; Maurach-Zipf, AT, I, § 2, núm. marg. 13 ss.; Arthur Kaufmann, Tendenzen, pp. 33 ss.; el mismo, Henkel-Festschrift, pp. 89 ss., 100 ss.; SK-Rudolphi, núm. marg. 14, ante § 1; Roos, Entkriminalisierungstendenzen, pp. 215 ss.; Brandt, Bedeutung, passim. Vid. también Amelung, JZ, 1982, pp. 617 ss., 618 s.

ducción de la interrupción punible del embarazo) no se trata obviamente de la subsidiariedad del Derecho penal, sino de que la evolución social rechaza total o parcialmente ciertas normas: ya desaparece la decepción de expectativas, o se reduce.

B. El principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas ⁴⁹. El principio de proporcionalidad sólo rige, sin embargo, cuando los costes de la medida alternativa afectan a una persona que es responsable del conflicto a resolver (entendidos los costes en el sentido de cualquier pérdida, incluida la renuncia al contacto social). Del principio no ha de deducirse que la pena se convierta en ilegítima cuando el conflicto se puede prevenir o resolver a costa de cualquiera en lugar de con la pena. Dicho llanamente: todo conflicto puede solucionarse mediante la renuncia al contacto social, así como otros muchos mediante la autoprotección de la víctima, pero la obligación de asumir estos costes no se puede fundamentar por lo general aduciendo que son menos gravosos que la pena.

C. Dada esta situación, el principio de subsidiariedad sólo puede aplicarse, en tanto que desplaza el gravamen, cuando la persona gravada alternativamente es responsable del conflicto con independencia de este principio. Ejemplo: El delincuente es un caso que claramente requiere asistencia, la autoprotección es una medida desde luego conveniente ⁵⁰, etc.

La relevancia práctica del principio se limita además por la exigencia de que la medida menos drástica debe ser aplicable en general (por grupos de delitos o de autores) si se quieren evitar resultados aleatorios. Por ello se descartan como medidas alternativas, p. ej., las medidas que sólo se pueden imponer a autores acomodados (confiscación patrimonial en lugar de pena privativa de libertad), aun cuando serían eficaces.

⁴⁹ BVerfG, 39, pp. 1 ss., 44 ss., 46 ss. Lo pone en duda acertadamente (¿Es el efecto la validez de la norma o la conservación del bien?) Driendl, Strafgesetzgebungswissenschaft, pp. 33 ss., 37.

⁵⁰ Ello lo pone con razón de relieve especialmente Hillenkampff, Vorsatztat, pp. 195 s., y *passim*; ahora también Schünemann, Faller-Festschrift, pp. 357 ss., 369; de la amplia doctrina, vid. además sobre todo Arzt, MonSchKrim, 1984, pp. 105, 107 ss.; Ebert, JZ, pp. 683 ss., 638 ss.; R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit, p. 51 (especialmente en relación con la estafa); Kurt, Mitverschulden, p. 99 (especialmente en relación con la estafa); Maack, Opfer, pp. 23 s. (especialmente en relación con la determinación de la pena); vid. además la amplia jurisprudencia en torno a la relevancia del comportamiento de la víctima para la determinación de la pena (bibliografía en LK-G. Hirsch, § 46, núm. marg. 39 s.; Schöнке-Schröder-Stree, § 46, núm. marg. 23 ss.; además BGH, StV, 1983, pp. 326 s.