

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Munich

PROBLEMAS BASICOS DEL DERECHO PENAL

Traducción y notas por

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Profesor Ayudante de
Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid

REUS, S. A.

MADRID

1 9 7 6

Sentido y límites de la pena estatal*

A

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Cfr. en particular ahora NAUCKE: SchLHAnz 1964, 203.

⁴ La fórmula se encuentra en el § 104 de los «Grundlinien der Philosophie des Rechts»; por lo demás la teoría de HEGEL del Derecho penal es tratada en los §§ 90-103 de esa obra. Cfr. sobre ello recientemente (desde un punto de vista marxista) la traducción alemana de la obra rusa de PIONTKOWSKI: Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtstheorie, 1960.

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

2. Con respecto al segundo argumento en contra puedo ser breve: Incluso si se afirma sin restricciones la facultad estatal de penar formas de conducta culpables, sigue siendo insatisfactoria la justificación de la sanción penal mediante la idea de la compensación de la culpabilidad. Pues, como es sabido, la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, como conceden incluso los partidarios de la idea de retribución, es indemostrable⁶. Ciertamente que las recientes investigaciones antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre (al contrario que en el animal) y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales principalmente. Pero la cuestión de si es posible una decisión que elija libremente frente a los factores de determinación, que se hacen así incalculablemente diversos, es como mínimo irresoluble, dado que apenas sabemos nada sobre los procesos microfísicos del cerebro humano. E incluso aunque se quisiera afirmar la libertad de voluntad como tal, con ello aún no se habría respondido afirmativamente a la pregunta decisiva en el proceso, de si ese hombre concreto podría haber obrado de otro modo en esa precisa situación; a esa pregunta, como sin rodeos lo manifiestan eminen-

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

⁶ Sobre la reciente discusión sobre la libertad de voluntad y su importancia para el Derecho penal: NOWAKOWSKI: Festschr. f. Rittler, 1957, p. 55; ENGISCH: Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.ª ed. (1965); ROEDER: JurBl 1964, 229; HILDE KAUFMANN: JZ 1962, 193; A. E. BRAUNECK: MSchrKrim 1963, 193; MANGAKIS: ZStW 73, 119.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta teoría tiene en ANSELM V. FEUERBACH, el fundador de la ciencia alemana moderna del Derecho penal, su más famoso representante, que a principios del siglo XIX basó¹³ su influyente sistema, muy consecuentemente, en el pensamiento de la intimidación general. Pero hoy en día la concepción de la prevención general no ha perdido en absoluto importancia. Si en la exposición de motivos de nuestro Proyecto de Código penal de 1962 puede leerse tanto sobre la «fuerza modeladora de las costumbres» de la pena, y si, como ha sucedido recientemente, el legislador ha aumentado de modo drástico las penas para la embriaguez al volante y otros delitos de tráfico, detrás de todo ello está siempre la idea de que con ayuda del Código penal se puede motivar a la generalidad a comportarse con arreglo al orden, esto es, una consideración declaradamente preventivo-general.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Metaphysik der Sitten, § 49 E I, Studienausgabe, p. 453.
¹⁵ P. 96.

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

B

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ De un modo insuperable sobre estas cuestiones KARL KRAUS: *Sittlichkeit und Kriminalität*, 1908; ahora fácilmente asequible como libro de bolsillo de la Fischer-Bücherei; vol. 713. En la nueva literatura jurídicopenal H. JÄGER: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957. También es importante el volumen, de varios autores: «Sexualität und Verbrechen», Fischer-Bücherei, vol. 518/19.

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

¹⁹ BGHSt. 17, 230.

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ Lebrbuch, § 16 (p. 39).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pabilidad del autor es fundamento de medición de la pena»²⁷. La nueva formulación es peor, no sólo porque se aproxima a la teoría retributiva, mientras que el tenor originario acertadamente sólo atendía a la función limitativa de la pena del principio de culpabilidad, sino ante todo porque la nueva quiere admitir dentro de ciertos límites que por motivos preventivos se sobrepase la pena que sería adecuada a la culpabilidad. Esto seguramente puede ser conveniente con frecuencia, como siempre han alegado los defensores de la modificación; pero la justificación de la pena no depende de la conveniencia, sino de la justicia²⁸. Por lo demás, todo lo dicho vale exactamente igual para la prevención especial. Puede ser todo lo provechoso que se quiera transformar mediante varios años de trabajo reeducativo al mendigo notorio en un afanoso tenedor de libros; pero el escaso contenido de culpabilidad en su conducta prohíbe al Derecho penal hacerse cargo de tal tarea²⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nota posterior a la primera publicación:

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

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

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

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

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

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

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

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