

En la lo Bellas  
Febrero, 2016

TATJANA HÖRNLE

**Universidad Externado de Colombia**

**Rector**

Juan Carlos Henao

**Secretaria General**

Martha Hinestrosa Rey

**COLECCIÓN DE ESTUDIOS**

**N.º 43**

Con la colaboración de  
Nathalia Elena Bautista Pizarro

# Teorías de la pena

Traducción de  
NURIA PASTOR MUÑOZ

Universidad Externado de Colombia  
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Hörnle, Tatjana

*Teorías de la pena* / Tatjana Hörnle ; traducción de Nuria Pastor Muñoz ; con la colaboración de Nathalia Elena Bautista Pizarro. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015.  
65 páginas ; 21 cm. -- (Colección de Estudios ; número 43)

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587723533

1. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831 -- Crítica e interpretación 2. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831 -- Pensamiento filosófico 3. Kant, Immanuel, 1724-1804 -- Crítica e interpretación 4. Kant, Immanuel, 1724-1804 -- Pensamiento filosófico 5. Filosofía del derecho 6. Derecho penal -- Fuentes 6. Tribunales penales I. Pastor Muñoz, Nuria, traductora II. Bautista Pizarro, Nathalia Elena, colaboradora III. Universidad Externado de Colombia. IV. Título V. Serie

343.01 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca - EAP  
Agosto de 2015

Título original: *Straftheorien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

ISBN 978-958-772-353-3

© 2015, 2011, TATJANA HÖRNLE  
© 2015, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 02 88  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición en español: septiembre de 2015

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Composición: David Alba  
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.  
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

## CONTENIDO

SIGLAS EMPLEADAS	9
PRÓLOGO A LA VERSIÓN ORIGINAL EN ALEMÁN	11
I. Introducción	13
1. Planteamiento	13
2. La estructura de la investigación	14
II. ¿Cuál es el fin de las normas de las leyes penales?	17
III. ¿Son las normas penales legítimas frente a los afectados?	20
IV. ¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales?	22
1. Teorías "absolutas"	22
a) La extendida focalización en "KANT y HEGEL"	22
b) Planteamientos que se podrían denominar "absolutos"	23
2. Prevención de delitos futuros	26
a) Prevención especial	26
b) Prevención general	29
aa) Prevención general negativa	29
bb) Prevención general positiva	30
cc) Conclusión	32
3. Teorías expresivas de la pena	33
a) Teorías expresivas de la pena orientadas a la norma	33
b) Teorías expresivas de la pena orientadas a la persona: comunicación con el autor	36
c) Teorías expresivas de la pena orientadas a la persona: mitigación de los sentimientos de indignación	37
d) Teorías expresivas de la pena orientadas a la persona: comunicación con la víctima	39
e) ¿Por qué juicio de desvalor más el mal de la pena?	42

V. La imposición de la pena criminal, ¿es legítima frente al penado?	44
1. Necesidad de una justificación	44
2. Consideraciones abstractas generalizadoras sobre la cuestión de la legitimidad	46
3. Consideraciones sobre la cuestión de la legitimidad referidas al caso concreto	47
a) Consentimiento del autor mediante el hecho; subsunción bajo la propia ley	47
b) Culpabilidad del autor (poder actuar de otro modo)	48
c) El argumento de honestidad o juego limpio [ <i>fairness</i> ]	50
VI. Resumen de las tesis	52
BIBLIOGRAFÍA	55

#### SIGLAS

ARSP:	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
GA:	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JA:	Juristische Arbeitsblätter
JZ:	Juristenzeitung
ZRph:	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSCHR:	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

**PRÓLOGO**  
**A LA VERSIÓN ORIGINAL EN ALEMÁN**

La cuestión de si es legítimo amenazar con penas y castigar efectivamente a las personas me acompaña desde que me dedico al Derecho penal en sus aspectos científicos así como filosófico-jurídicos. Con este pequeño libro intento expresar un balance provisional de mis reflexiones sobre el tema de la teoría de la pena. Agradezco a los editores y gestores de la página de internet [www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net](http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net), MICHAEL ANDERHEIDEN y otros, que hayan consentido amablemente que el texto que elaboré inicialmente para esta página de internet se publique en papel (con ligeras modificaciones). También mi cordial agradecimiento a los colaboradores de la Universidad Humboldt, Sra. Dra. BRUNHÖBER, Sra. Dose, Sra. SCHIEMANN y Sr. SPINDLER, quienes se han encargado de la corrección de pruebas del texto.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Planteamiento

Es posible aproximarse a la pregunta “¿por qué pena criminal?” de manera *descriptiva*. Quien procede así describe la práctica de la imposición estatal de pena desde una perspectiva sociológico-jurídica o sociológico-cultural o se dedica a explicaciones (socio)psicológicas que describan los impulsos emocionales y, en parte, inconscientes que se encuentran tras las necesidades sociales e individuales de pena. Las necesidades que se explican desde la psicología profunda y el psicoanálisis pueden ser fuente de prácticas jurídico-penales (HAFFKE, 1976; STRENG, 1980; MORSELLI, 2001). Desde el punto de vista de la sociología de la religión, las necesidades de pena se pueden valorar como indicio del fuerte anclaje de ideas religiosas que se caracterizan por el desprecio de los “hombres pecadores” como “enemigos de Dios” (LÜDERSEN, 2010, p. 479).

Los planteamientos descriptivos fomentan una actitud entre distante y escéptica frente a la institución de la pena criminal (véase, por ejemplo, KUNZ, 2004). Quien es consciente de los factores históricos y los mecanismos psicológico-sociales que se encuentran tras las valoraciones está, por lo general, menos inclinado a tratar dichas valoraciones como si fueran una evidencia que no se puede poner en tela de juicio. Entonces, la pregunta esencial es la de si la pena *solamente* es expresión de emociones (posiblemente atávicas) y/o *solamente* producto de procesos históricos contingentes y de mentalidades marcadas por dichos procesos. Si las cosas fueran así, entonces el percatarse de esto debería conducir o bien a exigencias

abolicionistas o bien a conformarse resignadamente con lo feo pero inevitable. ¿O hay justificaciones que pueden convencer porque no pueden ser rechazadas por constituir tapaderas aparentemente racionales de lo que se ha desarrollado y de lo irracional? En lo que sigue, esta perspectiva *normativa* es la que se toma como base. Y en este lugar ya se puede bosquejar la conclusión: una teoría de la pena que presenta un principio simple “de una sola pieza” no se puede fundamentar de forma convincente. En cambio, si estamos dispuestos a embarcarnos en reflexiones más complejas, es posible desarrollar argumentos que *en conjunto* fundamentan suficientemente la necesidad y legitimidad de la pena estatal (de otra opinión, LÜDERSSEN, 1995, p. 387 ss.).

El siguiente trabajo se limita a la institución de la pena criminal, mientras que deja de lado la legitimidad de un “sistema de doble vía” que también prevé medidas de seguridad [*Maßregel der Besserung und Sicherung*]. El núcleo del trabajo lo constituye una reflexión normativa y no los aspectos fácticos del Derecho que son objeto de investigación de la Criminología. Ciertamente, cuando se estudian las teorías de la pena también resulta inevitable la pregunta relativa a los efectos de las sanciones; sin embargo, dicha pregunta solamente se puede abordar brevemente.

## 2. La estructura de la investigación

Un modo de proceder muy extendido consiste en recurrir a dos conceptos generales, a saber, teorías de la pena “absolutas” y “relativas”. Con frecuencia los artículos que ofrecen una visión general, así como las explicaciones de los manuales trabajan con este esquema dualista (FRISTER, 2009, p. 16 ss.; MOMSEN y RACKOW, 2004, p. 337; RENGIER, 2009, p. 12 ss.). Apartándose de esta manera de proceder, aquí se escoge otro modo de aproximación (véase también WEIGEND, 2007, núm. marg. 61; HASSEMER y NEUMANN, 2010, previo al § 1, núm. marg. 105). La

bipartición usual en teorías “relativas” y “absolutas” no es capaz de convencer por el mismo hecho de que no está claro qué constituye lo “absoluto” de una teoría. La discusión alemana tiene el defecto de que etiqueta como “absolutas” todas las fundamentaciones no orientadas a la prevención, procediendo de modo demasiado poco distintivo, pese a que hay, más allá del propósito de prevención del delito, fundamentaciones racionales de la pena criminal que están orientadas a los intereses generales e individuales. Para estas fundamentaciones es más adecuado el rótulo “teorías expresivas de la pena” (véase p. 33 ss.) que la etiqueta “absolutas”.

Además, la pregunta, formulada de manera general, sobre el fin de la pena es inapropiada para dar a una investigación una forma razonable. Lo necesario es, más bien, desglosar dicha pregunta general en preguntas concretas, para evitar hacer consideraciones sobre el “sentido de la pena” que, si se contemplan de manera más precisa, solamente atañen a aspectos parciales. En especial, hay que diferenciar entre las preguntas: “¿Debe el Estado, en primer lugar, amenazar con penas y, en segundo lugar, imponerlas? ¿Hay (considerando también las cargas económicas para la generalidad) razones convincentes para mantener la práctica de la imposición estatal de pena?” y “¿puede [darf] haber prohibiciones jurídico-penales y condenas de los tribunales penales (considerando lo que con ello se exige de las personas afectadas)?” Hay que entrar en *ambas* dimensiones, algo que no siempre se hace en los trabajos sobre teoría de la pena, y las diversas preguntas exigen respuestas diversas. Quien, en cambio, busque una fórmula uniforme para la teoría de la pena (partidario del “cierre axiológico”, PAWLIK, 2004a, p. 53) parte explícita o implícitamente de que las reflexiones sobre la *limitación* de las intervenciones estatales se tienen que corresponder con las reflexiones sobre la *fundamentación* de estas medidas (véase, por ejemplo, KAUFMANN, 1967, p. 555 ss.). Sin embargo, esta suposición es incorrecta (GRECO, 2009, p. 248 s.). Una fundamentación completa de las intervenciones estatales

coactivas presupone más bien que esta fundamentación satisfaga las situaciones de intereses claramente contrarias. No puede bastar con referirse a los intereses de todos o de algunos de quienes sacan provecho de la intervención, sino que también hay que fundamentar, frente a quienes han sido, contra su voluntad, destinatarios de la intervención, por qué *ellos* han de ser elegidos, por qué han de ser *ellos* competentes por la persecución de los intereses de otros (SCHÜNEMANN, 1998, p. 114; FRISCH, 1998, p. 142; NEUMANN, 1998, p. 150; WEIGEND, 2007, Introducción, núm. marg. 66). A la inversa puede decirse que los argumentos sobre la competencia de los destinatarios de la intervención constituyen una fundamentación necesaria pero no suficiente (SCHÜNEMANN, 2002, p. 330). Estos argumentos no pueden fundamentar por qué la generalidad tiene que cargar con los costes del mantenimiento de un sistema de justicia penal. Por ello, no sería convincente calificar a los efectos preventivos solamente de meros fenómenos secundarios y accesorios (sin embargo, en este sentido, FRISCH, 1998, p. 140 s., p. 144 s.). Además, hay que diferenciar entre la intervención que se encuentra en la misma ley penal y la intervención propia de la imposición de la pena (GRECO, 2009, p. 228 s.)

La pregunta sobre el “sentido de la pena” se ha de precisar en las siguientes tres preguntas parciales:

1. ¿Cuál es el fin de las normas de las leyes penales? (p. 17 ss.)
2. ¿Son las normas penales legítimas frente a los afectados? (p. 20 ss.)
3. ¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales? (p. 22 ss.)
4. ¿Es la imposición de la pena criminal legítima frente a los castigados? (p. 44 ss.)

Con estas preguntas el tema de la “pena estatal” no queda tratado de manera exhaustiva. Falta la quinta pregunta, la relativa a cómo debería quedar configurada al final la pena. Al respecto habría que fundamentar los principios que deben regir la clase de sanciones, la determinación de la pena y la

configuración de la ejecución. Teniendo en cuenta la limitación de espacio, mi trabajo se concentra en los cuatro puntos que afectan a la teoría de la pena en sentido estricto. La determinación de la pena y la ejecución de la pena se han de discutir aparte. Ciertamente, con frecuencia se parte, por lo menos implícitamente, de que la elección de los argumentos de teoría de la pena prejuzga las directrices de la teoría de la determinación de la pena. Esta premisa se encuentra, por ejemplo, en la base de la tesis según la cual la prevención general negativa no se puede integrar en la teoría de la pena porque, de hacerlo, surgirían problemas en la determinación de la pena (JAKOBS, 1991, apdo. 1º, núm. marg. 29 ss.; KÖHLER, 1997, p. 44; PAWLIK, 2004b, p. 218; MOMSEN y RACKOW, 2004, p. 337) o en la base de la tesis según la cual la teoría de la prevención general positiva ha de ser rechazada porque no permite orientarse sobre la forma y la intensidad de la pena (FRISCH, 1998, p. 134 ss.). Sin embargo, la tesis según la cual las reglas de determinación de la pena se han de deducir de la teoría de la pena en sentido estricto no es convincente. El juicio de desvalor referido al caso concreto puede y debe seguir reglas distintas de las que debe seguir la fundamentación de que han de existir amenazas legales de pena y una praxis de imposición estatal de pena (véase, sobre la distinción entre justificación de la existencia de una institución y la justificación de reglas de organización y reparto frente a quienes se ven afectados personalmente por el funcionamiento de la institución, HART, 1968, p. 3 ss.; HOERSTER, 1970, p. 278; ASHWORTH, 1998, p. 67 s.; VON HIRSCH, 2005, p. 45).

## II. ¿CUÁL ES EL FIN DE LAS NORMAS DE LAS LEYES PENALES?

Es difícil poner en duda que las leyes penales están al servicio de un fin: se trata de un acto de comunicación. Lo único que hay que discutir es quién es el destinatario y cuál es el contenido del mensaje. Hay dos explicaciones imaginables. Según un planteamiento minimalista, las leyes penales *solamente* contienen una

autorización e indicación para las autoridades de persecución penal. La explicación alternativa ve en ellas (además) un mensaje para quienes están sometidos al poder punitivo del Estado. La primera posición es atribuida por algunos a HOBBS (así, BYRD y HRUSCHKA, 2007, p. 961), lo cual, sin embargo, es cuestionable, porque si bien es cierto que HOBBS menciona como destinatarios de las leyes penales solamente a los “servidores públicos” (HOBBS, p. 239), este autor califica antes expresamente a todas las leyes civiles como mandatos dirigidos a los ciudadanos y como reglas reguladoras del comportamiento (HOBBS, p. 228). Un planteamiento minimalista no es apropiado en un Estado constitucional y de Derecho contemporáneo. En especial, si las leyes penales se tuvieran que entender únicamente como autorizaciones en la relación entre ejecutivo y legislativo, no se entendería la prohibición de retroactividad (art. 103 apdo. 2 Ley Fundamental). Las informaciones que se encuentran en las leyes penales se dirigen también a las personas físicas (potencialmente) afectadas por ellas, que están sujetas a las pretensiones de regulación de las leyes.

Se discute si las normas penales se basan en imperativos (al respecto, BINDING, 1916, p. 42 ss.; KELSEN, 1934, p. 22 ss.; HOYER, 1996, p. 43 ss.; véase, sobre la discusión sobre la teoría de las normas, RENZIKOWSKI, 2001). En contra de esto podría alegarse que en un Estado liberal los conceptos como “mandato” y “deber de obediencia frente al Estado” (véase sobre tales planteamientos BINDING, 1916, p. 42 ss.) son problemáticos. Sin embargo, de ello no se deduce que las normas penales no tengan función comunicativa alguna, pues aquéllas pueden ser entendidas como llamada o interpelación a comportarse de conformidad a la norma, en interés de los conciudadanos. Las leyes penales deben expresar formal y públicamente valores esenciales de la comunidad y dar a los ciudadanos buenas razones para comportarse de una determinada manera (DUFF, 1998, p. 184 ss.; crítico frente a tales planteamientos, GRECO, 2009, p. 398 ss.). Con independencia de si se parte de la existencia de normas

primarias de comportamiento, hay que partir de que, en todo caso, las normas de sanción deben operar dirigiendo el comportamiento. Para hacer referencia a esto es usual el concepto de la prevención general de intimidación; tras él se esconde la idea de que los anuncios de pena tienen un efecto intimidatorio. El concepto de la prevención general de intimidación está fuertemente anclado en la historia de la teoría de la pena. Así, por ejemplo, se encuentra como premisa presupuesta como evidente en el planteamiento de KANT, quien en el apartado relativo al derecho de defensa en la *Metafísica de las costumbres* indica que una ley penal tiene “efecto pretendido” (KANT, p. 343), lo cual solamente puede entenderse como remisión al efecto intimidatorio (en el planteamiento de KANT: de la pena de muerte). En el siglo XIX autores como P. J. A. FEUERBACH y SCHOPENHAUER reflexionan detalladamente sobre la necesidad de una coacción psicológica para evitar lesiones de derechos (FEUERBACH, §§ 12 ss.; SCHOPENHAUER, tomo I, p. 435 s., con referencias en la p. 435 a fuentes más antiguas; sobre la teoría de la pena de SCHOPENHAUER, véase HOERSTER, 1972 y KÜPPER, 1990).

Al igual que ocurre con cualquier concepto orientado a las consecuencias, hay que aclarar si dicho concepto se basa en suposiciones acertadas sobre el comportamiento humano y si se producen efectivamente los efectos esperados. No es fácil aislar el efecto de las leyes penales de los efectos preventivos que hay que atribuir a las condenas de los tribunales penales. Solamente sería posible medirlos en el caso en que hubiera una ley (de nuevo cuño) con base en la cual todavía no hubiera condena alguna. En el caso de leyes asentadas hay que contar con superposiciones. La cuestión de su comprobación no se puede abordar aquí de manera extensa; baste con señalar que de las mismas leyes penales ya se espera que tengan el efecto, *de alcance limitado*, de influir en el comportamiento (HOERSTER, 1970, p. 272 s.; SCHMIDHÄUSER, 1971, p. 88 ss., KORIATH, 2004, p. 69; KUHLEN, 1998, p. 58; WEIGEND, 1999, p. 933; GRECO, 2009, p. 364 ss.). Evidentemente, sería poco plausible partir de una

influencia extensa. Las disposiciones a comportarse de una determinada manera y las representaciones de valor están marcadas considerablemente por otros factores y el comportamiento desviado está regulado por el control social no-jurídico (STRATENWERTH, 1995, p. 9; HASSEMER, 2000, p. 207). Sin embargo, hay que partir de que *en el seno* de dicho marco preconfigurado las amenazas de pena pueden ser decisivas. Del hecho de que las leyes penales se incumplen con frecuencia no hay que deducir que las amenazas de pena son *siempre* ineficaces. Hay situaciones en las que la estructura de personalidad de quien sopesa y las circunstancias concretas dejan espacio para una decisión de ponderación. En rigor, la etiqueta "prevención general de intimidación" resulta insuficiente para describir esos contextos de forma completa; en esa medida, sería preferible la expresión "prevención general de anuncio" (véase p. 21). En el caso de ciudadanos dispuestos en ese sentido, no solamente desempeñan un papel la amenaza y la expectativa de una posible persecución penal, sino que puede bastar el anuncio del legislador de que la conducta descrita es ilegal.

### III. ¿SON LAS NORMAS PENALES LEGÍTIMAS FRENTE A LOS AFECTADOS?

A diferencia de lo que ocurre en la imposición de penas criminales, que han de justificarse frente a quienes quebrantan la ley y son condenados, en este punto se encuentra en el primer plano otro grupo de personas: las personas fieles a la norma. Ciertamente, no se ve lastrado por la norma de conducta quien, de entrada, no está interesado en la conducta descrita. Sin embargo, aquellos a quienes la ley penal mueve efectivamente a adaptar su comportamiento se ven coartados por la norma legal. Y esto se ha de justificar frente a ellos. En este lugar existe un punto permeable entre teoría de la criminalización, por una parte, y teoría de la pena, por otra. Las normas de conducta son legítimas solamente si se puede demostrar que

es legítimo (en mi opinión: haciendo referencia a los derechos de otros, véase HÖRNLE, 2005, p. 65 ss.) restringir la libertad individual de acción.

Queda por aclarar cómo son las cosas respecto a la norma de sanción. El hecho de que esta se dirija a la generalidad y no destaque a nadie de entre la masa no es suficiente para una legitimación que se pueda aceptar sin problemas (de otra opinión, LEYENDECKER, 2002, p. 82). Se podría cuestionar si una ley que no prevé solamente llamamientos, sino también amenazas de pena, se basa en una comprensión adecuada de la relación de Estado y ciudadano. La palabra "amenaza" genera dudas (HASSEMER, 2009, p. 108) y, en concreto, dudas que no solamente se refieren al grupo de aquéllos que están, potencialmente, dispuestos a cometer el hecho, sino también al conjunto de todos aquéllos que están sujetos al poder punitivo. ¿Es acertada la objeción de HEGEL según la cual los ciudadanos serían tratados como perros a los que se les levanta el palo (HEGEL, adición al § 99; DUFF, 1998, p. 184 s.)? ¿Es la prevención general de intimidación necesariamente "intimidación" y "cruda" (así, HASSEMER, 2000, p. 208 s.; HASSEMER, 1998, p. 34)? Una respuesta afirmativa se concentra exclusivamente en el concepto "amenaza". Sin embargo, el significado de las normas de sanción no está vinculado a la etiqueta "prevención general de intimidación". En un Estado de Derecho moderno que no se basa en la idea de un desequilibrio de poder entre "autoridad" y "súbditos", es más adecuada la denominación "anuncio de sanciones". Tales anuncios hacen las veces de incentivos que desempeñan un papel en el seno de complejos mecanismos de decisión. A diferencia de lo que ocurre con los animales, respecto a los cuales solamente es posible una conducción de la conducta a través de un mecanismo fijo de estímulo-reacción, en el caso de los humanos que actúan se puede presuponer más. Es decisivo, en primer lugar, que las personas (en general) comprenden el sentido de la exigencia de conducta que se encuentra en la base y, en segundo lugar, que también pueden entenderse las

reglas de astucia [*Klugheitsregel*] como *motivos* (GRECO, 2009, p. 379 ss.; en un sentido semejante, KUHLEN, 1998, p. 60 s.). En la interacción personal entre dos individuos, la inclusión de reglas de astucia puede parecer eventualmente una manipulación desleal, falta de ética. Ahora bien, en contra de lo que sostiene DUFF (DUFF, 1998, p. 185), de ello no hay que deducir que el Estado tiene que orientar la comunicación con todos los ciudadanos, que se halla vertida en las normas, según altas pretensiones morales respecto al trato humano. En esa medida, no son reprochables estándares más prácticos que presuponen *tanto* la receptividad moral *como* la tendencia a la evitación de perjuicios.

#### IV. ¿QUÉ SENTIDO TIENEN LAS CONDENAS DE LOS TRIBUNALES PENALES?

##### 1. Teorías “absolutas”

###### a) La extendida focalización en “KANT y HEGEL”

¿Qué se quiere decir cuando se hace referencia a una teoría “absoluta” de la pena? En la mayor parte de los casos, quien emplea este concepto con frecuencia no reflexiona intensamente sobre él. Suelen ser quienes ven el sentido de las condenas de los tribunales penales en la prevención de delitos futuros quienes denominan a la posición contraria “teoría absoluta” y, con ello, resumen todos los argumentos que *no* apuestan por la prevención general o el ejercicio de influencia en el autor (prevención especial). A ello se añade un problema adicional, a saber, la equiparación, extendida en Alemania, de la “teoría absoluta de la pena” con KANT y HEGEL. Ese concentrarse en los textos históricos (véase, por ejemplo SCHILD, 2003; WILMS, 2005) conduce a que se abandone el trabajo analítico. Este modo de proceder ignora sobre todo que, desde la perspectiva de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, la justificación

de intervenciones en los derechos fundamentales y la carga que estas implicaban no tenían prioridad en la justificación del sistema de justicia penal. En cambio, hoy en día la fundamentación de la pena tiene que tener lugar en el marco de las premisas de nuestra Constitución (RÖSSNER, 2001, p. 978). En vez de seguir los caminos tan transitados que conducen, sobre todo, a los pasajes de la *Metafísica de las costumbres* de KANT y de las *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho* de HEGEL, hay que analizar qué reflexiones deben ser calificadas de “fundamentaciones absolutas” y si estas son convincentes.

###### b) Planteamientos que se podrían denominar “absolutos”

En primer lugar, podría rechazarse la misma pretensión de que hay que *fundamentar* el sentido de una condena de los tribunales penales. En este sentido podría entenderse la conocida expresión de MAURACH de la “majestad, desvinculada de todo fin”, de la pena de retribución (MAURACH, 1971, p. 77) –las majestades no están sometidas, frente a sus súbditos, a deber de fundamentación alguno–. Sin embargo, en un Estado de Derecho moderno no se puede sostener seriamente la afirmación de que no hay una necesidad de fundamentación. Ello es así, por una parte, porque la imposición de la pena criminal constituye una intervención muy considerable en derechos fundamentales, tanto en forma de juicio ético-social de desvalor como en los efectos sobre la libertad o el patrimonio. Por otra parte, hay que fundamentar de manera racional frente a la comunidad de los contribuyentes el gasto de grandes sumas de dinero para la justicia criminal. Las mismas objeciones afectan a la *segunda* variante, emparentada con la primera, que se deriva de la expresión “desvinculada de todo fin”. No puede bastar con señalar que castigar las fechorías es una acción moral intrínsecamente buena (así, MOORE, 1997, p. 159 ss.). Diciendo esto se ignora que hay que legitimar las intervenciones en derechos fundamentales, a cuyo efecto no basta el dato “intrínsecamente

buenas", sino que hay que indicar un fin (FRISCH, 2000, p. 275; LEYENDECKER, 2002, p. 73; FREUND, 2009, p. 2; HASSEMER, 2009, p. 94). Lo mismo puede decirse respecto a la justificación de los gastos del Estado, gastos que ya no pueden realizarse a gusto del soberano absoluto. Las tesis según las cuales "no se ha de fundamentar" la pena o "la pena no tiene que servir a fin alguno" han de ser rechazadas sin más.

La necesidad de indicar un fin no ha de considerar (*tercera* variante posible de una "teoría absoluta de la pena") que la pena tiene que *retribuir la culpabilidad*. Se discute si tal afirmación es conforme al planteamiento de KANT. Parece obvio que el pasaje que empieza con la frase "la pena judicial... jamás puede imponerse como mero medio para promover otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad civil, sino que en todo momento solamente se le puede imponer porque ha delinquido" (KANT, p. 453) se ha de entender como una adhesión a la pena de retribución (sobre la clasificación usual, por ejemplo, KLUG, 1968; BECCHI, 2002, p. 552 ss.). Sin embargo, si se acentúa la palabra "mero", también es posible la interpretación según la cual KANT solamente quería excluir las consideraciones *puras* de utilidad (MOSBACHER, 2004, p. 219). En un sentido semejante KANT remite al principio "*nullum pena sine lege*" y al principio de legalidad (BYRD y HRUSCHKA, 2007, p. 960 ss.). La obra de KANT ofrece puntos de apoyo para diversas interpretaciones, todas ellas absolutamente plausibles (GRECO, 2009, p. 73 ss.). Aquí puede dejarse de lado la discusión sobre la interpretación. A nuestros efectos, hay que afirmar que con la referencia a la retribución no es posible fundamentar *por qué* a una culpabilidad personal (sea como fuere que esta se entienda) le *tiene que* seguir una pena. Que con la pena se reacciona a un acontecimiento que se encuentra en el pasado y que hay que reprochar es algo que pertenece al concepto de pena (SCHMIDHÄUSER, 1971, p. 44; NEUMANN y SCHROTH, 1980, p. 6; NEUMANN, 2007, p. 438). Pero la pregunta por el "porqué" no se puede responder con la referencia a la retribución.

Una *cuarta* variante del intento de describir una teoría "absoluta" de la pena podría insistir en que hay que "ayudar a la justicia a alcanzar la victoria" (expresión que aparece en PAWLIK, 2004a, p. 12). Sin embargo, esta consideración tampoco puede convencer. La justicia remite a determinados modos de reparto (de bienes y de beneficios inmateriales, así como de perjuicios). La justicia puede o debe convertirse en el criterio rector cuando hay que decidir sobre el *cómo* de un reparto, pero ello presupone *que* ya se ha tomado la decisión fundamental de que se quiere o se debe repartir algo (PAWLIK, 2004a, p. 56).

Una *quinta* versión posible de una teoría "absoluta" de la pena afirma que con la pena se persigue un fin –pero no un fin que pueda ubicarse en una doctrina mundana, sino un fin que (solamente) puede ser comprendido a partir de convicciones religiosas–. Se pueden derivar diferentes argumentos de la doctrina cristiana u otras doctrinas religiosas. Por una parte, habría que empezar con planteamientos que atribuyen a Dios (o a los dioses o a otros seres superiores a los hombres) interés en las cuestiones humanas y, en concreto, un interés que también abarca la sanción de infracciones. Se podría recurrir a la idea de un Dios del Viejo Testamento que castiga o a la idea de un esperado Juicio Final al que hay que esperar, para así exigir que las reglas terrenales se configuraran de manera paralela. Sin embargo, en ese punto se plantea inevitablemente la objeción de que sería necesario explicar la duplicación de reacciones. Por otra parte, sería posible desarrollar planteamientos, marcados por el Nuevo Testamento, de la *penitencia* como contribución propia del cristiano, por ejemplo indicando que el sufrimiento mediante la pena es una virtud cristiana y tiene valor moral (PÍO II, p. 221 s.). Si se ve el papel de Dios menos como el de quien castiga y más como el de quien tiene misericordia, sería posible centrarse en la idea de que las penas terrenales abren al autor el acceso, en el otro mundo, a la misericordia completa (WEITZEL, 2007, p. 32).

No es necesario desarrollar esto con detalle, pues los puntos de partida teológicos, sea como fuere que estén configurados, plantean problemas insuperables cuando se cambia a una perspectiva jurídica (NEUMANN y SCHROTH, 1980, p. 14 s.). Las estructuras fundamentales necesarias en un Estado de Derecho y constitucional ponen límites a los conceptos de la teoría de la pena. A estas estructuras fundamentales pertenecen las exigencias relativas a la forma de la fundamentación: esta tiene que ser independiente de contenidos de fe. La cuestión de en qué medida los órganos del Estado en general, por ejemplo, también en decisiones sobre la organización y concesión de prestaciones, *tienen que* prescindir de asumir premisas religiosas en las fundamentaciones (véase, sobre la neutralidad en la fundamentación, HUSTER, 2002, p. 98 ss.) es una cuestión que, a nuestros efectos, puede dejarse de lado. En todo caso, las intervenciones en los derechos fundamentales no se pueden fundamentar con la voluntad de Dios o con el destino del afectado en el otro mundo.

## 2. Prevención de delitos futuros

### a) Prevención especial

Una justificación preventivo-especial de las imposiciones de pena entiende que, mediante la pena, se puede influir de forma positiva en el comportamiento legal futuro de los autores. Puede imaginarse que tal resultado se alcance mediante el efecto intimidatorio de la imposición de la pena y la ejecución de la pena (intimidación individual), mediante la intervención terapéutica dirigida a un fin (palabra clave: mejora) o mediante la restricción de la posibilidad de la comisión futura del hecho (palabra clave: inocuización, véase VON LISZT y, sobre su Programa de Marburgo, NAUCKE, 1982). Si se analiza la cuestión de si, de esta manera, es posible fundamentar con sentido, desde la perspectiva de la generalidad, la existencia y la acti-

vidad de la justicia penal, se plantean las siguientes preguntas: ¿pueden demostrarse empíricamente los nexos entre medidas y efectos cuya existencia se afirma? y ¿se esperan efectos de tales dimensiones que justifiquen el mantener un sistema de justicia penal que genera costes elevados?

La intimidación individual solamente se puede juzgar si se realizan comparaciones: entre las personas a quienes se ha impuesto la pena criminal y aquellas personas que, encontrándose en una situación de partida semejante, no han sido incorporadas al sistema de justicia penal. Los datos que hay al respecto son negativos: el hecho de haber sido condenado por un tribunal penal no parece tener efectos positivos medibles sobre la probabilidad de reincidencia (véase, sobre la intercambiabilidad de las sanciones, GÖPPINGER, 2008, § 30, núm. marg. 55 s.). Algo más optimistas son los datos actuales sobre resocialización mediante medidas de tratamiento. El tópico pesimista respecto al tratamiento del "*nothing works*", acuñado algunos años atrás, es probablemente demasiado poco distintivo: las intervenciones que están hechas a la medida de los grupos a los que se destinan pueden mostrar resultados modestos (DÖLLING, 2003, p. 606). Sin embargo, en general las perspectivas de éxito dependen de la edad de aquel a quien hay que resocializar y de la proximidad social de los intervinientes (RÖSSNER, 2001, p. 978). Por consiguiente, la afirmación de que, en el caso de adultos, los órganos estatales podrían generar no solamente a veces, en circunstancias favorables, sino con mucha frecuencia, cambios de conducta estables es cuestionable incluso cuando los que han de ser resocializados cooperan. En cambio, respecto a las medidas incisivas de la "inocuización", es comparativamente fácil hacer comprender que dichas medidas surten efecto: la encarcelación durante décadas impide necesariamente que los encarcelados delinquen de nuevo (por lo menos, fuera del establecimiento).

¿Qué conclusiones hay que extraer del conocimiento de que es dudoso que se produzca la intimidación individual, de que las

medidas resocializadoras solamente tienen efectos insignificantes sobre las cifras de reincidencia y de que solamente la "inocuidación" tiene efectos de gran alcance sobre dichas cifras? De ello no se deduce que estas razones serían suficientes para financiar un sistema de justicia penal. Incluso en el caso de que se lograra, mediante programas de tratamiento hechos *ex profeso* a medida de autores elegidos, reducir la probabilidad de reincidencia del 70% (para mencionar una cifra hipotética que, no obstante, no se aleja de la realidad) al 60%, esta mejora se debería ponderar con costes muy considerables. En una ponderación coste-beneficio tendrían más sentido intervenciones que no dan el rodeo por costosas investigaciones y pruebas del hecho, sino que se aplican directa e inmediatamente cuando se dan las condiciones sociales inconvenientes. Si solamente se centrara la atención en la conducta futura de las personas, sería más efectivo invertir el dinero que actualmente se emplea para la justicia penal, por ejemplo, en ayudar a la primera infancia. Los análisis coste-beneficio serían probablemente también más bien críticos con la inocuidación, si se tienen en cuenta los elevados costes por día de prisión. En este lugar no se opinará sobre la custodia de seguridad en caso de inclinación a delitos especialmente graves. Este planteamiento no conviene como *estrategia general* en la reacción frente a la delincuencia frecuente no demasiado grave, desde la perspectiva de la generalidad, si esta última tiene interés en la prevención de delitos, pero también en un empleo adecuado de los recursos públicos.

Si hubiera que discutir las *formas de sanción* y la *configuración de la ejecución*, habría que volver sobre la prevención especial. La idea, no infrecuente entre los jueces penales, según la cual hay que hacer del acto de penar "algo con sentido" y apoyar al autor en vista de su conducta futura, parte de que los jueces penales ven la institución justicia penal como una evidencia que no se pone en tela de juicio. En las decisiones que afectan al "cómo" de la imposición de la pena se pueden tener en cuenta los deseos de prevención especial. Sin embargo, con ello no

es posible resolver un problema muy distinto, a saber, el de justificar la *existencia* de un sistema de justicia penal.

#### b) *Prevención general*

##### aa) *Prevención general negativa*

Si se considera legítima la prevención general de intimidación, la imposición de penas criminales es esencialmente una consecuencia necesaria. Sin un porcentaje suficientemente elevado de hechos esclarecidos y de condenas, no se podría contar con que las normas penales tuvieran un efecto de dirección de conductas (véase, sobre la necesidad de evitar amenazas vacías, FEUERBACH, § 16; SCHOPENHAUER, p. 434). La suposición de que tales efectos existen no es solamente una afirmación vieja (véase, sobre la historia del Derecho, BIRR, 2007, p. 63 ss., p. 73 ss.), sino también plausible (SCHMIDHÄUSER, 1971, p. 65 ss.; RÖSSNER, 2010, p. 703 ss.), confirmada mediante los resultados empíricos más recientes. Los análisis en un metanivel que evalúan una multiplicidad de investigaciones fácticas muestran resultados estables: el modo en que las personas valoran la probabilidad de consecuencias penales es fundamentalmente adecuado para influir en sus decisiones de comportamiento (BOTTOMS y VON HIRSCH, 2010).

Sin embargo, con ello no se dice que este efecto se constatare de la misma manera en *todos* los delitos. Si, como es de suponer, la intensidad de los efectos intimidatorios oscila dependiendo de la clase de delito, una solución racional consistiría en aspirar solamente *de forma selectiva* a la persecución por parte de los tribunales penales. A diferencia de lo que ocurre con la prevención general de intimidación, la persecución penal genera costes considerables. En los delitos en los que hay que contar con un cálculo realista por parte de los autores potenciales (por ejemplo: en la defraudación tributaria), es ciertamente necesario, también considerando los costes, que se produzcan

con regularidad condenas de los tribunales penales como *back up* de la prevención general de intimidación. En los delitos que suelen ser cometidos en contextos con carga emocional, en especial tras una interacción personal con la víctima, la valoración podría ser diferente. Por consiguiente, con la *sola* remisión a la prevención general es difícil fundamentar un sistema de penas que, marcado por el principio de legalidad, pretende perseguir todos los delitos y, en especial, exige la punición penal de todos los hechos graves contra la persona.

#### *bb) Prevención general positiva*

También aspira al impedimento de delitos futuros aquel principio que combina la remisión a la prevención general con el adjetivo "positiva". Una diferencia respecto a la prevención general negativa radica en la determinación del círculo de personas en cuyo comportamiento se debe influir. Mientras que la intimidación se debe practicar frente a los individuos que contemplan la posibilidad de cometer un delito, la tesis de la prevención general positiva parte de que las sentencias penales apelan a personas que (normalmente) son fieles a la norma. Su disposición a reconocer el orden normativo como vinculante y a comportarse conforme a él es socavada cuando los quebrantamientos de la norma quedan sin respuesta (véase, sobre el aseguramiento de expectativas mediante el Derecho, LUHMANN, 1970, p. 177 ss.; sobre modelos de conducta y variaciones, BAURMANN, 1994, p. 368; HASSEMER, 1998, p. 41 ss.; sobre el planteamiento de JAKOBS, véase p. 34 ss.).

Tales nexos apenas pueden comprobarse. El intento de hacerlo presupondría suspender realmente la justicia penal, a modo de "experimento natural", lo cual solamente es imaginable en condiciones extremas de anomia social. En tal caso, se plantearía la complicada tarea, en primer lugar, de aislar, respecto a otros fenómenos de anomia, aquel aspecto parcial que afecta a la persecución penal y, en segundo lugar, delimitar

la falta de intimidación de los individuos que, en principio, no reconocen la norma respecto a la inseguridad de las personas que antes, predominantemente, actuaban de manera conforme a la norma. Sin embargo, en el nivel de la plausibilidad hay que constatar que probablemente existe un nexo entre la confirmación judicial de la norma y el posterior comportamiento legal de la población. Para efectuar un análisis detallado sería necesario abordar otros puntos adicionales como, por ejemplo, en qué medida la vigencia de las normas depende de la situación y en qué medida las condiciones para la aceptación de la norma son más complejas y diversas de como las describen las concepciones ideales de la prevención general positiva (SCHNEIDER, 2004, p. 331 s., p. 335). Ahora bien, en un modelo de teoría de la pena suficientemente complejo, también hay que incorporar el factor "aseguramiento de la vigencia de la norma mediante la pena criminal" en caso de que no haya que postular en todas las circunstancias la existencia de una relación de efecto directo.

Una cuestión distinta es la de en qué medida el esfuerzo por la prevención general positiva encaja con presupuestos fundamentales de nuestro sistema jurídico. Una tesis que se ha de tomar en serio se refiere al efecto preventivo del desconocimiento (POPITZ, 1968). Desde esta perspectiva, la persecución *homogénea* de todas las infracciones de la norma es perjudicial porque, de este modo, se haría evidente a los ciudadanos fieles al Derecho lo mala que es la disposición de muchos otros a cumplir la norma. Por ello, partiendo de la teoría de la prevención general positiva, también (véase p. 29) sería recomendable una persecución penal conscientemente selectiva. En este punto, al igual que en las reflexiones sobre la prevención general negativa, hay que suponer que las consecuencias de la omisión de la confirmación de la norma dependen considerablemente de la clase de delito. Hay estudios sobre los presupuestos evolucionistas y fisiológico-cerebrales del comportamiento moral que señalan que, en caso de un buen desarrollo de la

primera infancia, se desarrollan disposiciones de conducta que son conformes con las exigencias morales básicas de conducta. Si de lo que se trata es de evitar hechos violentos frente a otros, es esencial la capacidad de empatía, desarrollada en las primeras fases de la vida (véase LEHRER, 2009, p. 162 ss.). Si las predisposiciones, desarrolladas tempranamente, favorecen o, incluso, fuerzan a la observancia de las normas de conducta (también) recogidas por la ley penal, el peligro de una erosión de la vigencia de la norma es, probablemente, bajo. Las cosas pueden ser distintas en el caso de los muchos delitos en los que el autor no tiene que soportar un enfrentamiento con un individuo que sufre manifiestamente debido al hecho. En tales circunstancias, las normas jurídicas y su imposición efectiva tienen mayor importancia.

#### cc) Conclusión

La referencia a la prevención general es *uno* de los pilares que sostienen argumentativamente una concepción de la teoría de la pena. Al respecto, el modelo más plausible integra tanto el esfuerzo de influir en la conducta de las personas directamente inclinadas a cometer el hecho (prevención general negativa) como el empeño en fomentar la orientación de las personas que fundamentalmente son fieles a la norma (prevención general positiva). Las combinaciones de ambas versiones de la prevención general son preferibles a los planteamientos monistas de "o lo uno – o lo otro", puesto que hay que tener en cuenta tanto las diferencias entre los individuos como las diferentes clases de delitos (KUHLEN, 1998, p. 62 s.; sobre la calificación de la prevención general positiva como fenómeno secundario, SCHÜNEMANN, 1998, p. 113, p. 119 ss.). Ahora bien, una teoría de la pena que *solamente* estuviera orientada a la prevención general presentaría déficits. En caso de orientarse de forma estricta y coherente según el criterio de la necesidad preventiva, sería cuestionable precisamente respecto a los delitos que pertenecen

al núcleo de lo que generalmente se considera merecedor de pena si realmente hay que imponer la pena o si, en cambio, la renuncia a la pena, que es más rentable, constituye una opción racional. Y en ese concentrarse exclusivamente en la prevención general falta, sobre todo, capacidad para comprender otros fines, también legítimos e importantes, a los que sirve la pena criminal. Con ello quiero referirme a las funciones expresivas de la pena que se tratan a continuación.

### 3. Teorías expresivas de la pena

Las teorías expresivas parten, como las teorías orientadas a la prevención, de que la imposición de la pena criminal sirve a un fin que se funda en intereses legítimos de las personas. Sin embargo, lo relevante no es influir en la frecuencia de delitos en el futuro, sino los intereses referidos al tratamiento adecuado del comportamiento pasado. Las teorías expresivas subrayan la función comunicativa de las sentencias penales. Se pueden diferenciar planteamientos expresivos orientados a la norma y planteamientos expresivos orientados a la persona. Las concepciones expresivas orientadas a la persona son aquellas conforme a las cuales el mensaje de reprobación contenido en la sentencia penal se dirige a determinadas personas. Estas pueden ser las personas que han sabido de la comisión de este delito concreto o el autor o la víctima del hecho. En cambio, las teorías expresivas de la pena orientadas a la norma subrayan el mensaje que se dirige a destinatarios indeterminados, esto es, a la generalidad en un sentido más abstracto y amplio (palabra clave: confirmación de la norma).

#### a) Teorías expresivas de la pena orientadas a la norma

Una variante de las teorías expresivas de la pena ve la tarea de la pena criminal en afianzar las valoraciones y las exigencias de conducta *morales*. Este concentrarse en el afianzamiento de

normas morales se encuentra en los autores angloamericanos que conciben el Derecho penal sin más como Filosofía moral practicada, sin discutir sobre la diferencia entre normas jurídicas y exigencias morales de conducta (véase, por ejemplo, HAMPTON, 1992, p. 12, sobre los *false moral claims* que hay que contradecir mediante la pena). Si esta diferencia se entiende en la recepción de la separación kantiana entre teoría del Derecho y teoría de la virtud, una teoría de la pena que se concentra en la moral topa necesariamente con la objeción de que ello no puede constituir una tarea razonable del Estado (BASTELBERGER, 2006, p. 118 s.).

La valoración puede ser algo distinta cuando se trata de la confirmación de normas jurídicas de conducta. Un planteamiento, sostenido en la discusión alemana, por ejemplo, por GÜNTHER JAKOBS, empieza con reflexiones que se realizan de modo semejante bajo la palabra clave “prevención general positiva”. Según este planteamiento, un delito contiene un mensaje que no se puede ignorar. Es necesaria –continúa– la respuesta con una contradicción, para evitar una erosión de la norma (JAKOBS, 2008, p. 111 ss.; en sentido semejante, FRISCH, 1998, p. 139 ss.). JAKOBS renuncia a pronosticar un aumento de delitos en caso de que no tengan lugar contradicciones del delito. Sin embargo, puesto que la continuidad de formas logradas de cooperación humana repercute supuestamente en la frecuencia de delitos, existe en todo caso un vínculo mediato con el objetivo “prevención de delitos futuros”. Podría discutirse si las tesis de JAKOBS y otros planteamientos similares que no remiten de forma empíricamente comprobable a procesos psicológicos, sino solamente a procesos comunicativos (véase, por ejemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, y sobre la confirmación de la norma mediante un acto de habla declarativo HAMEL, 2009, p. 122 ss.), también pueden ser ubicados en la prevención general positiva. Sin embargo, es más adecuado clasificarlos en la categoría de las teorías expresivas.

Si la contradicción *en cuanto tal* es necesaria porque la comunicación sobre normas se entiende como esencia de las sociedades (JAKOBS, 2008, p. 61 ss.), la pena expresiva puede ser interpretada como fin en sí mismo que ni debe ni puede ser examinado empíricamente (NEUMANN, 2007, p. 444). Que las normas tienen que ser afianzadas *en aras de sí mismas* es un argumento que ha sido considerado débil repetidas veces (MOSBACHER, 2004, p. 220). La teoría expresiva orientada a la norma es clasificada por algunos incluso como teoría absoluta de la pena (KÜPPER, 1990, p. 211; KORIATH, 2004, p. 59), lo cual no es convincente, puesto que la pena no es concebida sin un fin. Ciertamente, la referencia al valor intrínseco de las normas despierta la sospecha de una teoría abstracta y ajena a la realidad, no dirigida a los intereses de las personas (CALLIESS, 2001, p. 109) o, incluso, de una teoría que excluye, cínicamente, la lesión de los individuos (KORIATH, 2004, p. 56). Estos argumentos señalan la unidimensionalidad de la concepción de la estabilización de la norma y su necesidad de ser complementada, pero no formulan objeciones más fundamentales. Si las normas jurídicas se revelan como convenientes para la convivencia pacífica y el bienestar de las personas (si “el individuo encuentra en la sociedad lo suficiente para vivir”, JAKOBS, 2008, p. 107), resulta totalmente obvia la consideración de que, en caso de inobservancia de tales normas, estas deben ser confirmadas mediante una contradicción explícita (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 88 ss.). Ahora bien, cuando se centra la atención en el aspecto de la estabilización de la norma, no queda suficientemente claro que, *junto* a los intereses de *todos* los ciudadanos del Estado en la estabilidad de las normas de conducta, también hay intereses normativamente fundamentados de *determinadas* personas que hablan en favor de no aceptar sin reacción alguna las transgresiones de la norma.

*b) Teorías expresivas de la pena orientadas a la persona: comunicación con el autor*

Una cuestión discutida es qué significado tiene el juicio ético-social de desvalor o el reproche que se encuentra en la condena a una pena criminal. En parte se ve en él solamente una *modalidad* que está necesariamente unida al acto de la condena por los tribunales penales, pero que no permite una justificación autónoma de la institución justicia penal (NEUMANN, 2007, p. 439). En cambio, una teoría expresiva de la pena concibe la comunicación de reproche con el autor no solamente como elemento definidor de la institución "pena criminal", sino que parte de que en dicha comunicación radica una función esencial de la efectiva imposición de penas. La diferencia entre estos dos planteamientos se manifestaría cuando en un sistema jurídico-penal dejara de ser posible (por ejemplo, por no darse ninguna posibilidad de ejecución de la pena) infligir un mal (la privación de libertad, la privación de una suma de dinero u otra pérdida perceptible para el autor). Quien entiende el reproche solamente como modalidad de la condena a una pérdida de tales características debería, en tales circunstancias, renunciar completamente a las condenas de los tribunales penales. —A una conclusión distinta se llega cuando el reproche aparece con un valor propio, junto al infligir el mal.

En la discusión alemana, los planteamientos expresivos orientados a la persona no desempeñan un gran papel (a diferencia de lo que, en cambio, ocurre en la literatura anglófona contemporánea en el ámbito de intersección de Derecho penal y Filosofía, VON HIRSCH, 1993; DUFF, 2001; BOMANN-LARSEN, 2010, p. 15 s.). Lo común a estos planteamientos es que consideran necesaria una reacción de reproche frente al autor, con lo que se establece un vínculo con los intereses legítimos de personas. La concepción más exigente de una teoría expresiva de la pena que se orienta a la persona tiene en cuenta que la imposición de un juicio ético-social de desvalor tiene lugar (en todo caso,

también) en interés del autor, a saber, para el fomento del conocimiento propio y de la mejora propia. Bajo la palabra clave "teoría de la expiación", tales consideraciones se atribuyen con frecuencia a la teoría absoluta de la pena, algo que, sin embargo, no es convincente, puesto que se trata de una concepción orientada a un fin. ANTHONY DUFF ha hecho reflexiones de estas características (DUFF, 1986, p. 47 ss.; DUFF, 1998, p. 191 ss.; DUFF, 2001, p. 75 ss.). Estas toman como punto de partida el tratamiento adecuado de las conductas incorrectas en el seno de comunidades moralmente orientadas (véase, sobre la reconciliación mediante la penitencia, DUFF, 1986, p. 64 ss.; en un sentido semejante, LAMPE, 1999, p. 268 ss.). Sin embargo, a tales modelos se les ha de objetar que tales comunidades se diferencian de forma esencial del Estado en lo que se refiere al fundamento de su existencia. La pena criminal no se puede modelar según el modelo de agrupaciones humanas que ponen la mira en la mejora moral del individuo. El ejercicio de coacción no se puede justificar con la pretendida mejora del autor (así, acertadamente, ya SCHOPENHAUER, I, p. 431; SCHMID-HÄUSER, 1971, p. 58).

*c) Teorías expresivas de la pena orientadas a la persona: mitigación de los sentimientos de indignación*

En la medida en que no se vea la función del reproche en la realización de una expiación del autor, queda la alternativa de tener en cuenta la indignación de todos aquellos individuos que han tenido conocimiento del delito concreto. Apenas se puede negar que los sentimientos de indignación debidos al injusto acaecido también pueden tenerlos personas que no se han visto directamente afectadas como víctimas del hecho, sino que solamente han tenido noticia de este, o bien como testigos directos del suceso, o bien con posterioridad al haber sido informados. La necesidad de superar el acontecimiento con un juicio estatal de desvalor se puede explicar diciendo que hay

que mitigar los sentimientos de indignación (WEIGEND, 2011). Partiendo de estas ideas, se puede fundamentar el significado del juicio de desvalor de dos maneras. La fundamentación sociológica discute sobre contextos más amplios: así, se puede señalar que hay que evitar las prácticas de justicia por propia mano, perjudiciales para una sociedad, o que la aceptación de un ordenamiento jurídico depende de que este tome en serio los sentimientos de indignación. Es esencial el argumento normativo de que los sentimientos de indignación no solamente han de ser constatados como realidad psicológico-social y ser superados considerando las consecuencias perjudiciales a largo plazo, sino que *tras* la indignación y el juicio de desvalor que la sigue hay enfoques y prácticas normativamente adecuados. Los enfoques participativos son preferibles en *toda* forma del trato interpersonal y, en concreto, también en el seno de procesos estatales. A favor de ello hablan las consideraciones hechas por el filósofo inglés PETER STRAWSON. Este autor señala que hay dos formas distintas de reaccionar frente al comportamiento incorrecto de otros: o bien con un enfoque cosificador que concibe al autor como un ser que hay que controlar (de manera semejante a lo que ocurre con un animal peligroso) o con un enfoque que trata al otro como participante en las relaciones sociales (STRAWSON, 1974). Mientras que SCHOPENHAUER partía, en su conocida metáfora, de que basta con poner un “bozal” al “animal predador” (SCHOPENHAUER, I, p. 431), el presupuesto fundamental de las teorías de la pena orientadas a la comunicación es que una actitud cosificadora solamente se puede adoptar en casos excepcionales. En lo que respecta a la condena de los tribunales penales, esto significa que frente a los capaces de culpabilidad es necesaria una actitud reactiva y que la pena tendría que contener un reproche dirigido al autor (VON HIRSCH, 1993, p. 9 ss.; VON HIRSCH, 2005, p. 48 ss.; HÖRNLE y VON HIRSCH, 1995, p. 270 ss.; DUFF, 1998, p. 189; GÜNTHER, 2002, p. 216 ss.; véase, con detalle sobre el significado de la desaprobación

cotidiana y desaprobación jurídico-penal, HAMEL, 2009, p. 99 ss.; p. 150 ss.).

*d) Teorías expresivas de la pena orientadas a la persona: comunicación con la víctima*

La función comunicativa de la pena se tiene que subrayar, además, respecto a la víctima. Evidentemente, no es posible, sobre la base de esta idea, construir una teoría completa de la pena, es decir, no lo es la medida en que haya que castigar los delitos en los que no hay una víctima individual el hecho. Sin embargo, esto solamente constituye una objeción relevante si se parte de la premisa, poco convincente, de que el sentido de las condenas penales debe determinarse de forma uniforme para el espectro *íntegro* de posibles delitos. En las explicaciones usuales del sobre la teoría de la pena no aparecen quienes fueron lesionados (o puestos en peligro concreto) por el hecho. La visión tradicional está marcada por el colectivismo (HÖRNLE, 2006, p. 951). Solo recientemente se discute (si bien actualmente de forma intensa) sobre si puede haber un interés legítimo de la víctima en el castigo del autor (MURPHY, 1990; REEMTSMA, 1999; WALTHER, 1999; GÜNTHER, 2002; HASSEMER y REEMTSMA, 2002; HOLZ, 2007; BURGI, 2007; HAMEL, 2009).

Las objeciones al reconocimiento de tales intereses individuales se podrían apoyar en el argumento de que posiblemente no existen necesidades de pena porque los afectados preferirían la compensación económica o una disculpa. Sin embargo, la afirmación de que ya se ha satisfecho a las víctimas del hecho con una compensación económica o un acuerdo extrajudicial (LÜDERSSEN, 1999, p. 892 s.) no es plausible sobre todo en los casos de delitos importantes contra la persona (por ejemplo, ataques corporales que implican una intromisión intensa, delitos sexuales) (véase al respecto REEMTSMA, 1998, p. 215 s.). Desde un punto de vista normativo no es relevante aquello que un individuo concreto considera, de acuerdo con sus preferencias

personales, reacción adecuada. Para justificar la pena criminal tampoco serían suficientes las meras necesidades fácticas, por ejemplo, si estas solamente se pudiesen definir como sentimientos de venganza, pero no pudieran justificarse (REEMTSMA, 1999, p. 26; HASSEMER y REEMTSMA, 2002, p. 122 ss.). Lo decisivo es si el juicio jurídico-penal de desvalor tiene que cumplir para las víctimas *en general* una función de reconocimiento por disposición del Derecho. Existe una fundamentación que señala que el proyecto de monopolización del uso de la violencia en el Estado (RÖSSNER, 2001, p. 982 s.) solamente puede perdurar si la reacción a una lesión sobre todo de derechos elementales de la víctima no queda por debajo de un cierto umbral (culturalmente condicionado) de intervención. Existe otra línea de fundamentación que no se centra en la perspectiva funcional macro-sociológica, sino en los *intereses legítimos* de las víctimas. Estos pueden consistir en que se eviten las consecuencias destructivas para la vida futura que se derivan de la humillación de la víctima mediante el delito (obsesión por el hecho, constante dudar de sí mismo, pérdida de autoestima, etc.) y de la pérdida de confianza en el ordenamiento jurídico (véase al respecto PRITTWITZ, 2000, p. 172 ss.; REEMTSMA, 1999, p. 26 s.; HASSEMER y REEMTSMA, 2002, p. 129 ss.; HOLZ, 2007, p. 125 ss.; HAMEL, 2009, p. 167 ss.). No hay que explicar con detalle en qué medida la pena criminal puede contrarrestar de manera efectiva las consecuencias psicológicas o las consecuencias negativas para la conducción de la vida de facto constatables. Lo decisivo desde un punto de vista normativo es que también puede existir un interés legítimo de la víctima, orientado a la comunicación, cuando el individuo concretamente afectado ha sido bendecido con una constitución psíquica estable y no es propenso ni a fantasías vengativas ni a cavilaciones que le generen duda de sí mismo y tampoco se ve obligado a adoptar precauciones de seguridad exageradas.

El significado del juicio de desvalor radica en que este describe de forma precisa y detallada, refiriéndose al caso

concreto, la línea que separa el Derecho y el injusto [*Unrecht*]. A la víctima se le confirma que le ha ocurrido un injusto y que su destino no lo ha decidido una casualidad o una desgracia (GÜNTHER, 2002, p. 218; RÖSSNER, 2001, p. 987; WALTHER, 1999, p. 136 s.; REEMTSMA, 1999, p. 25; HASSEMER y REEMTSMA, 2002, p. 130 s.; HÖRNLE, 2006, p. 955; HOLZ, 2007, p. 131 s.). El significado para la víctima es mayor cuando hay un juicio institucionalizado de desvalor mediante la pena estatal que cuando se produce la desaprobación del acontecimiento mediante la comunicación cotidiana (HAMEL, 2009, p. 178 ss.). La renuncia a un juicio estatal de desvalor contendría un mensaje implícito que o bien concierne al delito (un mensaje conforme al cual lo acontecido no habría sido la lesión de un derecho o no habría sido suficientemente grave como para utilizar recursos estatales, más allá de la posibilidad de un procedimiento jurídico-civil) o bien se refiere a la víctima (un mensaje conforme al cual la culpa es de la víctima o no habría que tomar en serio a la víctima como persona, la víctima no tendría un pleno estatus de ciudadano). Al respecto no se pueden poner reparos a la fundamentación, acertada en cuanto al contenido, de que se trata de una lesión leve de derecho que no obliga necesariamente al Estado a reaccionar. En cambio, cuando concurre la *lesión grave de un derecho*, en la ausencia de reacción estatal se esconde necesariamente un mensaje que afecta a la víctima. El mensaje que se transmite entonces (“tú no mereces que el Estado se ocupe de tus asuntos”) colisiona con el derecho general de la víctima a la personalidad (WEIGEND, 2010, p. 50 ss.).

Ahora bien, una revalorización de la comunicación con la víctima también topa con objeciones (WEIGEND, 2011): ¿significa ello que entonces a las víctimas individuales del hecho se les deberían conceder derechos de participación en el proceso penal (con un alcance claramente mayor del que se ha previsto hasta ahora) y, en especial, derechos de proponer o de decidir en la elección de la sanción? Tales consecuencias serían problemáticas. Con ello se cuestionarían logros civilizadores

esenciales, a saber, la función de pacificación que va unida a la expulsión de la víctima individual y de su contexto social fuera del proceso y el establecimiento, también pacificador, del principio de trato igual en la imposición de sanciones. Ahora bien: tales consecuencias para el proceso y la determinación de la pena no se derivan necesariamente de la afirmación de que un elemento de la justificación de una reacción estatal punitiva se encuentra en la referencia a intereses legítimos de la víctima. La posición del Estado respecto a las víctimas de delitos se corresponde a la de un fiduciario en la medida en que el juicio estatal de desvalor también se produce en interés de la víctima del hecho. Sin embargo, con esto se debe conciliar el que, por motivos de mayor importancia, en el proceso penal *no* se siguen los deseos y necesidades personales de la víctima individual.

e) *¿Por qué juicio de desvalor más el mal de la pena?*

Todas las variantes de una teoría expresiva de la pena tienen que enfrentarse a la pregunta de por qué no darse satisfecho con el juicio de desvalor. De forma aún más drástica se podría objetar que las teorías expresivas de la pena recogen mal el significado verdadero de una sentencia penal. Desde la perspectiva de los condenados lo interesante es, esencialmente, que se les impone el mal de la pena, sobre todo cuando hay que cumplir una pena privativa de libertad, pero también en el caso de penas de multa no banales. Ciertamente, es *posible imaginar* formas de reacción frente a un delito en las que, de manera coherente, se da prioridad a la función comunicativa y el elemento del infligir un mal es reducido o eliminado (DUFF, 1998, p. 188; GÜNTHER, 2002, p. 219; KUNZ, 2004, pp. 75, 81; SEELMANN, 2004, p. 159 s.). Pero ¿es posible justificar con una teoría expresiva de la pena una praxis penal que se aparta de dichas consideraciones –una praxis penal con sanciones que implican, en parte, una intervención muy intensa–?

A esta pregunta hay que responder afirmativamente. No se puede renunciar al elemento consistente en infligir un mal. La razón de ello es que las posibilidades de expresar las distinciones necesarias del grado de reproche mediante una desaprobación formulada solamente con palabras son limitadas. Ya en el mismo nivel del lenguaje resultaría difícil precisar el juicio de desvalor según criterios cuantitativos. La declaración de que el autor se ha comportado de manera injusta no plantea problema alguno, pero sí, en cambio, las clasificaciones precisas más allá de algunas categorías burdas (muy grande, grande, mediano...). Y, sobre todo, el peso de un mensaje únicamente verbal es, en nuestro contexto social, limitado. Esto puede decirse tanto de la comunicación de elogios como de la comunicación de las desaprobaciones. La aclaración de la seriedad de una declaración se logra mediante el apoyo simbólico en forma de entrega o privación de bienes tangibles (KLEINIG, 1991, p. 417; HÖRNLE, 1999, p. 123 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 92 s.; HAMEL, 2009, p. 158 ss.). Esto se corresponde con nuestras prácticas en el otorgamiento de distinciones (se concede el premio Y dotado con X euros), y la corroboración simbólica es *especialmente* necesaria cuando se quiere reprochar con énfasis. En el juicio de desvalor es necesario, aún más que en el caso de un elogio, un gran intervalo de formas de expresión. La cuestión de cuán intenso debe ser el refuerzo de lo verbal mediante causaciones de mal contundentes depende de la sensibilidad, históricamente marcada, de una sociedad. Ahora bien, *sin* refuerzo simbólico alguno (en contra, GÜNTHER, 2002, p. 219), ello no es posible. Desde la perspectiva de las víctimas sería insuficiente la corroboración del juicio de desvalor solamente mediante la reparación del daño o la indemnización (al respecto, PAWLIK, 2004a, p. 53). La reparación del daño solamente devuelve el *statu quo* económico a su estado anterior al hecho, de manera que aquella no constituye una genuina causación de un mal. La indemnización también es insuficiente para aclarar el juicio de desvalor en caso de lesiones graves de derechos, puesto

que mediante una pérdida solamente económica no es posible explicar un reproche importante.

#### V. LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CRIMINAL, ¿ES LEGÍTIMA FRENTE AL PENADO?

##### 1. Necesidad de una justificación

La urgencia de la cuestión sobre la legitimidad frente al penado depende de en qué medida las sentencias penales tengan que servir a fines que estén *más allá* del acto comunicativo que se lleva a cabo mediante la condena. La justificación es comparativamente fácil en el caso de teorías de la pena que dan prioridad al papel del reproche y, de este modo, crean un vínculo intrínseco entre el fin de la pena y el recordar legítimamente al autor su deber. Cuando las constataciones de los hechos son ciertas, cuando los límites entre Derecho e injusto están definidos correctamente en la concreta relación autor-víctima y concurre una conducta culpable, se puede formular legítimamente el juicio de desvalor frente al autor. Si se considera la causación de un mal como refuerzo y diferenciación del acto comunicativo, su justificación la proporciona la justificación del juicio de desvalor.

Las cosas son más difíciles cuando se utiliza al autor para el cumplimiento de un fin que se encuentra *fuera* del proceso comunicativo referido a su persona. Tal fin existe ya cuando lo relevante es la confirmación expresiva de la vigencia de la norma. La necesidad de una justificación frente al penado se ve aún más clara cuando se pretenden perseguir metas que están en el futuro, a saber, la reducción de la frecuencia de delitos en el futuro por medio de los mecanismos que se describen como prevención general negativa o positiva (KÖHLER, 1997, p. 45 ss.; ZACZYK, 2005, p. 217; DUFF, 1998, p. 187 s.). La idea de diferenciar en ese aspecto entre prevención general positiva y negativa y de considerar la prevención general positiva como

no problemática por su "mejor fin" (así, HASSEMER, 1998, p. 37) no es convincente. En ambos casos el beneficio no es para el penado, sino que su castigo se fundamenta por el provecho ajeno. Los reparos son más evidentes en la imposición de la pena que en la prevención general de intimidación (véase *supra* p. 20 ss.) porque en aquella no hay un anuncio general-abstracto de sanciones, sino la imposición de una carga a un individuo. De este modo ¿no se "mezcla" al penado "entre los objetos del Derecho de cosas" (KANT, p. 453), no se le trata como a un perro (véase *supra* p. 21) o no se lesiona la dignidad humana del penado (CALLIESS, 2001, p. 110; LEYENDECKER, 2002, p. 74)?

Hay opiniones contrarias que señalan que "la protección del orden de paz" es "sin duda un valor moral más elevado" (KLUG, 1968, p. 279), que existe un deber del Estado respecto a la previsión justa (LAMPE, 1999, p. 263) o que señalan, de forma más bien lacónica, que es necesario imponer el ordenamiento jurídico "por las buenas o por las malas", si es necesario, de forma coactiva (FRISTER, 2009, p. 23 s.). O se acepta la afirmación de que en la justificación frente al penado hay un problema y se vincula a la calificación de la pena como sacrificio del penado la expectativa de que la mala conciencia de los jueces penales los proteja mejor de la convicción de que siempre imparten justicia de lo que los protege una presunta certeza de actuar de manera justa (así, SCHMIDHÄUSER, 1971, p. 96 ss.). Sin embargo, antes de darse satisfecho con la referencia a beneficios y necesidades, hay que discutir si hay posibilidades de remitir al penado a su competencia especial.

Es inadecuado emplear la etiqueta "instrumentalización" para, de este modo, poner fin a cualquier discusión adicional. De hacerlo, se extendería excesivamente el alcance del argumento de la instrumentalización, que como máximo puede fundamentar prohibiciones *absolutas* para casos extremos de intervenciones estatales (por ejemplo, la tortura) (GRECO, 2009, p. 163 ss.). Por lo demás, lo relevante es solamente entrar en un discurso de fundamentación frente al penado: se le tiene que

indicar que no se recurre a él y se le condena a sacrificarse para el bien común de manera arbitraria. (ELLSCHIED, 2004, p. 34; en general sobre la idea de un diálogo sobre la responsabilidad, NEUMANN, 1985, p. 269 ss.). Se han desarrollado argumentos para dicho discurso de fundamentación que se han de clasificar en dos planteamientos fundamentales distintos, cada uno de ellos con ramificaciones adicionales. El primer grupo de argumentos procede de forma abstracta-generalizadora y remite a consideraciones como los acuerdos del contrato social y la honestidad o juego limpio [*fairness*]. El segundo grupo deduce la legitimación de las condiciones del caso concreto (p. 47 ss.). Lo que hay que pensar es si el autor, con el hecho, probablemente ha consentido a su propio castigo, si el hecho de haber actuado culpablemente basta como fundamento de legitimación o si requiere argumentos de juego limpio [*fairness*] adicionales.

## 2. Consideraciones abstractas generalizadoras sobre la cuestión de la legitimidad

Una cuestión debatida en la teoría del contrato social del siglo XVIII era la de si en tal convenio el individuo también consentiría a asumir la pena en caso de infracción de una ley penal. En concreto, resultaba dudoso si una cláusula de tales características habría tenido cabida en el contrato hipotético cuando con ella se hubiera consentido a una pérdida considerable (sobre todo, de la vida, en el caso de la pena de muerte) (visión general en SEELMANN, 1991, p. 446 ss.).

Hoy también se recurre a la idea del contrato para fundamentar que es admisible legitimar la pena criminal con consideraciones de prevención general. Si se parte de una orientación coherente según la figura del individuo que calcula de manera absolutamente racional, tales argumentos parecen plausibles. Según este punto de vista, se establece la institución del sistema de justicia penal si las consideraciones de la teoría

de los juegos permitieran esperar que los contratos *no* serían cumplidos (el *pacta sunt servanda* no le interesa a quien optimiza los beneficios). Por esa razón, continúa este planteamiento, en el contrato social hipotético, el *homo oeconomicus* tiene que consentir a la posibilidad de su propio castigo (SCHMIDTCHEN, 2003, p. 266 ss.). Esta deducción está bien fundamentada en un planteamiento teórico del problema. Sin embargo, el problema radica, como en todas las remisiones a convenios hipotéticos, en el gran abismo existente entre la figura artificial del *homo oeconomicus* y el modo real en que están constituidas las personas. Quien, por una parte, calcula racionalmente, pero, por otra parte, también sabe que sus conciudadanos se orientan según convenciones morales y, solamente de forma limitada, según cálculos económicos, probablemente *no* consentiría de antemano a su propio castigo (PAWLIK, 2004a, p. 25, nota 16). Por consiguiente, los modelos del contrato social no pueden prescindir de introducir condiciones adicionales ajenas a la realidad, como el desconocimiento del significado de influencias extrajurídicas sobre el comportamiento. La fuerza legitimadora de un consentimiento meramente hipotético bajo la condición, también meramente hipotética, de que todos los individuos configuran su vida coherentemente de manera racional-calculadora es débil.

## 3. Consideraciones sobre la cuestión de la legitimidad referidas al caso concreto

a) *Consentimiento del autor mediante el hecho; subsunción bajo la propia ley*

¿Se le puede decir al autor que no ha sido sacrificado de manera ilegítima por los intereses generales porque él ha consentido, *mediante su delito*, en su propio castigo? En trabajos más antiguos sobre la teoría de la pena se puede encontrar repetidamente el constructo de un consentimiento (al respecto, SEELMANN, 1991,

p. 452 s). Esto no resulta convincente: en efecto, no se puede introducir en el hecho del autor la declaración de que el autor está a partir de entonces efectivamente de acuerdo con su castigo. No es posible decir nada más allá de la afirmación de que racionalmente *debería haber* consentido (SEELMANN, 1991, p. 453) –esto lleva de vuelta a los intentos de legitimación a partir de la teoría del contrato social.

HEGEL postulaba que el autor, como ser racional, erige y reconoce, mediante su hecho, una ley general bajo la cual, en cuanto su Derecho, él puede ser subsumido (HEGEL, § 100). Este argumento tampoco convence (KORIATH, 2004, p. 63). Por una parte, es dudoso que las personas siempre emitan, mediante las acciones, tomas de posición normativas. E incluso cuando al autor, “en cuanto ser racional”, se le presupusiera con cada acción una declaración normativa, habría que reconstruir en todo caso una declaración según la cual él podría permitirse excepciones a la vigencia de las normas generales de prohibición. Por otra parte, incluso cuando el autor hubiera emitido una ley general, por ejemplo, con el contenido “está permitido lesionar a otros a voluntad”, el Estado no podría hacer suya esta ley evidentemente incorrecta, tampoco cuando tal ley debiera ser dirigida contra tal autor en el acto de la pena (SEELMANN, 1995, p. 69 s.).

#### *b) Culpabilidad del autor (poder actuar de otro modo)*

Un intento de responder a la pregunta de la legitimidad, extendido en la ciencia jurídico-penal alemana, consiste en que una teoría de la pena orientada a la prevención solamente es aceptable cuando considera, como segundo pilar, la culpabilidad del autor (ROXIN, 2006, § 3, núm. marg. 51 ss.; SCHÜNEMANN, 1987, p. 213; SCHÜNEMANN, 1998, p. 114 s.; KUHLEN, 1998, p. 59; STRATENWERTH y KUHLEN, 2004, § 1, núm. marg. 32). En muchas ocasiones se hace referencia a la justicia (MOSBACHER, 2004, p. 219 ss.; NEUMANN, 1998, p. 150 s.; WEIGEND, 2007, Introducción,

núm. marg. 66), la cual se tiene que contraponer a la prevención. No es convincente pasar, en este punto, al ámbito de la determinación de la pena y centrarse en la *medida* de la pena adecuada a la culpabilidad (así, ROXIN, 2006, § 3, núm. marg. 51 ss.). Antes de que sea posible realizar afirmaciones sobre la determinación de la pena, hay que aclarar si el autor puede siquiera ser utilizado para promover propósitos preventivos. No hay que referirse a la medida de pena sino al poder actuar de otro modo en el momento del hecho. Habría que argumentar como sigue: si el autor sabe que con su conducta realiza un tipo penal (o, por lo menos, comprende el injusto) y, pese a ello, decide actuar de esa manera, entonces no puede alegar, si a continuación tiene lugar una condena con el fin de confirmar la norma y evitar delitos futuros, que se le ha tratado de manera deshonesta [*unfair*]. Quien sabía lo que podía ocurrirle y podía haberlo evitado tiene que asumir las consecuencias.

Sin embargo, esta argumentación topa con dos objeciones. En primer lugar, no es suficiente la referencia al saber o al poder saber y al poder de evitación del afectado. Si el tratamiento de una persona es ilegítimo, continúa siéndolo en caso de que el afectado estuviera avisado y pudiera haber evitado la situación mediante una decisión libre. Quien sabe que probablemente será molido a palos con el fin de forzarle a una confesión y, pese a ello, se pone mediante una decisión libre en manos de la policía, no pierde el derecho a reprobar la ilegitimidad del tratamiento del que ha sido objeto. Haber causado consciente y evitablemente el propio tratamiento de la manera *x*, no significa que por esa razón *x* sea legítimo. Por consiguiente, la decisión autónoma del autor puede a lo sumo ser una condición *necesaria* de la legitimación del castigo, pero *no una condición suficiente*. En segundo lugar, en este punto queda claro que las consideraciones de teoría de la pena están relacionadas con una *discusión fundamental*, a saber, la discusión sobre si las personas pueden decidir en un momento concreto de manera efectivamente libre omitir una determinada acción

debido a que han comprendido su injusto (palabra clave: libertad de la voluntad e investigación del cerebro). Las premisas que se encuentran en la base del principio de culpabilidad en el sentido del poder actuar de otro modo son esencialmente más exigentes que las premisas de las que parte una justificación parcial preventivo-general de la pena como la que aquí se sostiene. Una teoría de la prevención general negativa que sea adecuada a la realidad únicamente presupone que *algunos* seres humanos, *en determinadas circunstancias*, están abiertos a consideraciones de coste-beneficio y son capaces de la correspondiente adaptación de su comportamiento. En cambio, la presuposición de un poder actuar de otro modo se refiere a *todo* autor en *toda* situación. En el marco del presente trabajo no se puede analizar con más detalle la compleja pregunta de si esta premisa está suficientemente fundada. Quien sea escéptico al respecto, considerará que el giro hacia un argumento de honestidad [*fairness*] (véase el apartado siguiente) es una solución más convincente.

### c) El argumento de honestidad o juego limpio [*fairness*]

Debido a que el alcance del argumento de la "culpabilidad como poder actuar de otro modo" es limitado, son necesarias consideraciones complementarias sobre por qué es legítima la imposición de la pena para lograr efectos preventivos. Es posible desarrollar tales fundamentaciones si se introduce la idea de la honestidad [*fairness*]: al autor se le tiene que oponer que, con la imposición de la pena, no se le trata de manera deshonesto [*unfair*]. Este argumento se tendría que sopesar con la referencia a que el autor ha incumplido una norma que ha surgido de forma legítima y en la que él, como conciudadano, ha tomado parte (GÜNTHER, 1998, p. 165, p. 171 s.) o con la referencia a que el condenado continúa siendo, también en caso de persecución penal, un ciudadano dotado de derechos (HASSEMER y REEMTSMA, 2002, p. 119). Me parece más convincente hacer referencia no

solamente a las posibilidades de participación democrática y a la posición jurídica en el proceso, sino al hecho de que todos, también el mismo autor, *han sido favorecidos efectivamente* por el hecho de que en el pasado muchas otras personas se han comportado de conformidad con la norma. Por consiguiente, las personas tienen que aceptar, por razones de honestidad [*fairness*], el ser utilizadas para el aseguramiento de estas normas de prohibición (véase también NEUMANN, 2007, p. 449 s.; NEUMANN, 1998, p. 151). Este argumento resulta aún más convincente si el autor, en cuanto residente en Alemania, se ha aprovechado de la conformidad a la norma de sus conciudadanos. Pero el argumento de la honestidad o juego limpio [*fairness*] también se puede emplear frente a un extranjero recién llegado, si este ha tomado la decisión de residir en un sistema jurídico que se basa en el amplio respeto de las normas jurídicas de conducta.

En los escritos de teoría de la pena hay planteamientos que aprovechan tales reflexiones para fundamentar una teoría autónoma de la pena. Así, por ejemplo, HERBERT MORRIS y JEFFRIE MURPHY señalan que la pena compensa ventajas deshonestas [*unfair*] que el autor ha adquirido como consecuencia de su falta de autolimitación (MORRIS, 1976, p. 33; MURPHY, 1979, p. 77 s.). MICHAEL PAWLIK se centra en el vínculo entre disfrute de libertad y deberes de lealtad (2004a, p. 91; véanse otras variantes de los argumentos de honestidad o juego limpio [*fairness*] en ENGI, 2008). A estas deducciones se les ha de criticar que no es posible desarrollar una teoría completa de la pena *solamente* con la referencia a las ventajas obtenidas de forma deshonesto [*unfair*] y los deberes de lealtad lesionados. Sobre todo, estos planteamientos no responden a la pregunta de por qué se deben invertir recursos considerables en el sistema de justicia criminal. Ahora bien, los argumentos de honestidad o juego limpio [*fairness*] son importantes como *un* elemento de fundamentación necesario en el marco de una teoría compleja.

## VI. RESUMEN DE LAS TESIS

1. El concepto "teoría absoluta de la pena" es ambiguo y, a fin de cuentas, puede renunciarse a él. La idea de que no hay que fundamentar las condenas de los tribunales penales o de que se trata de un acontecer que carece de fin se debe rechazar sin más. Tampoco bastan, en nuestro contexto jurídico-constitucional contemporáneo, los fines que solamente se pueden justificar con argumentos de religión.

2. Para un trabajo serio *solamente* quedan aquellas fundamentaciones que se fundan en un interés legítimo de la generalidad o de la víctima del delito, si bien esos intereses no tienen que consistir necesariamente en la prevención de delitos futuros. A los planteamientos no orientados a la prevención conviene denominarlos teorías expresivas de la pena o teorías de la pena orientadas a la comunicación. La dicotomía "teorías de la pena absolutas/relativas" debería ser sustituida por la distinción entre concepciones orientadas a la prevención, por una parte, y concepciones expresivas, por otra.

3. El anuncio legal de sanciones se justifica cuando la norma de conducta que se encuentra en su base se fundamenta por medio de una teoría de la criminalización, que se ha de diferenciar de la teoría de la pena. Añadir una amenaza de sanción como incentivo adicional de conducta, esto es, introducir una regla de astucia, no implica un problema de legitimación básico.

4. Las consideraciones que van unidas al concepto "prevención especial" pueden desempeñar un papel respecto a la cuestión, no tratada aquí, de cómo se tiene que determinar y ejecutar la pena. Sin embargo, de ello no se deriva consecuencia alguna para la teoría de la pena en sentido estricto, puesto que los recursos para intervenciones educativas se emplean mejor de otras maneras que por medio de la institución de la justicia penal.

5. Una explicación en principio plausible de por qué la praxis del castigo por parte del Estado es útil y tiene sentido

socialmente la ofrecen los planteamientos que apuestan por la prevención general negativa y la prevención general positiva. Ciertamente, de las imposiciones de penas no hay que esperar efectos preventivo-generales para todas las clases de delitos, pero ello no constituye razón alguna para excluir categóricamente de la teoría de la pena las explicaciones racionales conforme a un fin. Con todo, es necesario integrar en una teoría completa de la pena otro aspecto: el interés legítimo de las víctimas del delito en un juicio de desvalor no trivial, esto es, reforzado por el acto de infligir un mal.

6. En la teoría de la pena hay que dar más relevancia a los intereses legítimos de las víctimas que la que les otorgaba la bipartición tradicional de teorías de la pena "absolutas" y "relativas". Las víctimas tienen intereses legítimos de satisfacción y, en concreto, sobre todo, en el caso de aquellos delitos en los que solamente las explicaciones orientadas a la prevención toparán con problemas. Por consiguiente, las consideraciones preventivo-generales y expresivas-orientadas a la víctima se complementan. La necesidad de la prevención mediante la pena estatal es tanto más difícil de fundamentar cuanto más cerca estén las normas jurídicas de las normas morales esenciales que aseguran la vigencia de la norma y cuanto más haya que esperar de los autores conductas guiadas por instintos y estados pasionales, al margen de reflexiones conscientes y valoraciones de riesgos. Aquellas conductas de las que puede predicarse esto último (lesiones graves de la integridad física, delitos sexuales) son característicamente aquellas en las que, a partir de una teoría expresiva de la pena, se deduce un fin racional de la pena respecto a los intereses de la víctima.

7. Las fundamentaciones preventivo-generales plantean, además, el problema de que la legitimación frente a aquel a quien hay que penar no se puede deducir a partir de la utilidad social. Son necesarios argumentos de otras características. No se ha podido discutir exhaustivamente si estos se pueden encontrar en el principio de culpabilidad (poder actuar de

otro modo), pues la discusión sobre la libertad de la voluntad requiere un marco sustancialmente más amplio. Sin embargo, es importante hacer referencia a argumentos de honestidad o juego limpio [fairness]. Debido a que el autor se aprovecha de la conformidad de otros a la norma, en un diálogo sobre la responsabilidad dicho autor no puede objetar que no es honesto [fair] que se le castigue en caso de que él incumpla la norma.

8. Los problemas de legitimación no se plantean respecto a las fundamentaciones expresivas que parten de que el juicio de desvalor debe tener lugar porque tras él se encuentra un interés legítimo de la víctima del hecho. Si el juicio de desvalor refleja correctamente los límites entre Derecho e injusto, el autor no puede plantear frente a dicho juicio objeción alguna.

9. Una teoría de la pena que cree tener suficiente con una sola idea fundamental no puede ser desarrollada de forma convincente (STRATENWERTH, 1995, p. 20 ss.). Ya en lo que respecta a la pregunta por el fin de la pena resulta insuficiente una respuesta unidimensional y, aparte, se ha de fundamentar en pasos adicionales la legitimación frente al afectado. Aun cuando la necesidad que tiene una teoría "axiológicamente cerrada" (PAWLIK, 2004a, p. 53) de ser abarcable puede ser comprensible, los intentos de fundamentar una teoría de tales características tienen que pagar con pérdidas de su capacidad de convicción. Para estar lo más posible a la altura de la heterogeneidad de las conductas que son calificadas como delito, en las diversas perspectivas temporales (proactivas en las normas penales, retroactivas en la imposición de la pena) y la heterogeneidad de los intereses distintos, pero legítimos, tanto sociales como individuales, en la reacción a los delitos, resultan inevitables las combinaciones de diversas fundamentaciones. Las reflexiones sobre la teoría de la pena ofrecen teselas de mosaico que tienen que combinarse, dependiendo de la conducta que haya que juzgar en cada caso, para formar distintas figuras.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASHWORTH, ANDREW. "Was ist positive Generalprävention? Eine kurze Antwort", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 65.
- BASTELBERGER, MARCUS. *Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat: utilitaristische und retributivistische Strafrechtsbegründung und die rechtliche Verfassung der Freiheit*, Frankfurt a. M., 2006.
- BAURMANN, MICHAEL. "Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention", *GA* 1994, p. 368.
- BECCHI, PAOLO. "Vergeltung und Prävention", *ARSP* 88, 2002, p. 549.
- BINDING, KARL. *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1916.
- BIRR, CHRISTIANE. "'Kriminalstrafe ist öffentliche Rache'. Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit", en ERICH HILGENDORF y JÜRGEN WEITZEL (eds.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin, 2007, p. 59.
- BOMANN-LARSEN, LENE, "Revisionism and Desert", *Criminal Law and Philosophy*, 2010, I.
- BOTTOMS, ANTHONY y VON HIRSCH, ANDREW. "The Crime-Preventive Impact of Penal Sanctions", en PETER CANE y HERBERT KRITZER, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Studies*, Oxford, 2010, p. 96.

BURGI, MARTIN. "Vom Grundrecht auf Sicherheit zum Grundrecht auf Opferschutz", en OTTO DEPENHEUER y otros (eds.), *Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, München y otros, 2007, p. 655.

BYRD, SHARON B. y HRUSCHKA, JOACHIM. "Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat", *JZ*, 2007, p. 957.

CALLIESS, ROLF-PETER. "Die Strafzwecke und ihre Funktion", en GUIDO BRITZ, HEIKE JUNG y HEINZ KORIATH (eds.), *Grundfragen des staatlichen Strafens*, *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, p. 99.

DÖLLING, DIETER. "Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts", en DÖLLING, DIETER (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, Berlin, 2003, p. 597.

DUFF, ANTHONY. *Punishment, Communication and Community*, New York, 2001.

DUFF, ANTHONY. "Prävention oder Überredung?", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 181.

DUFF, ANTHONY. *Trials and Punishments*, Cambridge, 1986.

ELLSCHIED, GÜNTER. "Zur Straftheorie von Anthony Duff", en HENNING RADTKE y otros (eds.), *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 25.

ENGL, LORENZ. "Ist Strafe als Vergeltung zu rechtfertigen?", *ZSchR*, 2008, p. 407.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. "Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs", en MICHAEL PAWLIK y RAINER ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln, 2007, p. 75.

VON FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM y MITTERMAIER, KARL JOSEPH ANTON. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.<sup>a</sup> ed., Giessen, 1847.

FREUND, GEORG. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, Heidelberg, 2009.

FRISCH, WOLFGANG. "Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", en CLAUDIUS ROXIN y GÜNTER WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, tomo IV, München, 2000, p. 269.

FRISCH, WOLFGANG. "Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 125.

FRISTER, HELMUT. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., München, 2009.

GÖPPINGER, HANS. *Kriminologie*, 6.<sup>a</sup> ed., München, 2008.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. "Die Strafe: Eine systemtheoretische Betrachtung", *Rechtstheorie*, 36, 2005, p. 321.

GRECO, LUIS. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009.

GÜNTHER, KLAUS. "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", en CORNELIUS PRITTWITZ y otros (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 205.

GÜNTHER, KLAUS. "Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention. Ein Beitrag zur normativen Kritik", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 153.

HAFKE, BERNHARD. *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau et al., 1976.

HAMEL, ROMAN. *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Berlin, 2009.

HAMPTON, JEAN. "An Expressive Theory of Retribution", *ARSP*, suplemento 47, 1992, p. 1.

HARI, H. L. A. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968.

HASSEMER, WINFRIED. *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000.

HASSEMER, WINFRIED. "Variationen der positiven Generalprävention", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 29.

HASSEMER, WINFRIED y NEUMANN, ULFRID. Prelios al § 1 en URS KINDHÄUSER, ULFRID NEUMANN y ULRICH PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar zum StGB*, tomo 1, 3ª ed., Baden-Baden, 2010.

HASSEMER, WINFRIED y REEMISMA, JAN PHILIPP. *Verbrechensopfer. Gesetz und Gesetzlichkeit*, München, 2002.

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, en Werke, tomo 7, Frankfurt, 1986.

HIRSCH, ANDREW VON. *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin, 2005.

HIRSCH, ANDREW VON. *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993.

HOBBS, THOMAS. *Leviathan*, London, 1651, traducción alemana de JACOB PETER MAYER, Stuttgart, 1970.

HOERSTER, NORBERT. "Aktuelles in Arthur Schopenhauers Philosophie der Strafe", *ARSP*, 58, 1972, p. 555.

HOERSTER, NORBERT. "Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens", *GA*, 1970, p. 272.

HÖRNLE, TATJANA. "Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht", *JZ*, 2006, p. 950.

HÖRNLE, TATJANA. *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt, 2005.

HÖRNLE, TATJANA. *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.

HÖRNLE, TATJANA y VON HIRSCH, ANDREW. "Positive Generalprävention und Tadel", *GA*, 1995, p. 249.

HOLZ, WINFRIED. *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Berlin, 2007.

HOYER, ANDREAS. *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin, 1996.

HUSTER, STEFAN. *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*, Tübingen, 2002.

JAKOBS, GÜNTHER. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Berlin, 2008.

JAKOBS, GÜNTHER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin et al., 1991.

KANT, IMMANUEL. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Werkausgabe in zwölf Bänden, ed. por WILHELM WEISCHEDEL, Frankfurt/M., 1977.

KAUFMANN, ARTHUR. "Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht", *JZ*, 1967, p. 553.

KELSEN, HANS. *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., Leipzig, 1934.

KLEINIG, JOHN. "Punishment and Moral Seriousness", *Israel Law Review*, 25, 1991, p. 401.

KLUG, ULRICH. "Abschied von Kant und Hegel", en JÜRGEN BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, 1968, p. 36; publicado en THOMAS VORMBAUM (ed.), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, tomo II, Baden-Baden, 1998, p. 275.

KÖHLER, MICHAEL. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin et al., 1997.

KORIATH, HEINZ. "Zum Streit um die positive Generalprävention – Eine Skizze", en HENNING RADTKE y otros (eds.), *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 49.

KÜPPER, GEORG. "Schopenhauers Straftheorie und die aktuelle Strafzweckdiskussion", *Schopenhauer-Jahrbuch*, 76, 1990, p. 207.

KUHLEN, LOTHAR. "Anmerkungen zur positiven Generalprävention", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 55.

KUNZ, KARL-LUDWIG. "Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus", en HENNING RADTKE y otros (eds.), *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 71.

LAMPE, ERNST-JOACHIM. *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*, Köln et al., 1999.

LEHRER, JONAH. *The Decisive Moment. How the Brain makes up its Mind*, Edinburgh et al., 2009.

LEYENDECKER, NATALIE ANDREA. *(Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht*, Berlin, 2002.

LISZI, FRANZ VON. "Der Zweckgedanke im Strafrecht", *ZStW*, 3, 1883, p. 1.

LÜDERSSEN, KLAUS. "Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft", en FELIX HERZOG y ULFRID NEUMANN (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 467.

LÜDERSSEN, KLAUS. "Opfer im Zweilicht", en THOMAS WEIGEND y GEORG KÜPPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin et al., 1999, p. 879.

LÜDERSSEN, KLAUS. *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt, 1995.

LUHMANN, NIKLAS. "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 175.

MAURACH, REINHART. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Karlsruhe, 1971.

MOMSEN, CARSTEN y RACKOW, PETER. "Die Straftheorien", *JA*, 2004, p. 336.

MOORE, MICHAEL. *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, 1997.

MORRIS, HERBERT. *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Berkeley et al., 1976.

MORSELLI, ELIO. "Vergeltung - eine tiefenpsychologische Kategorie der Strafe?", *ARSP*, 87, 2001, p. 221.

MOSBACHER, ANDREAS. "Kants präventive Straftheorie", *ARSP*, 90, 2004, p. 210.

MURPHY, JEFFRIE G. "Getting even: The Role of the Victim", *Social Philosophy Policy*, 7, 1990, p. 209.

MURPHY, JEFFRIE G. *Retribution, Justice and Therapy. Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht et al., 1979.

NAUCKE, WOLFGANG. "Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882", *ZStW*, 94, 1982, p. 525.

NEUMANN, ULFRID. "Institutionen, Zweck und Funktion staatlicher Strafe", en MICHAEL PAWLIK y RAINER ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln, 2007, p. 435.

NEUMANN, ULFRID. "Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 147.

NEUMANN, ULFRID. *Zurechnung und 'Vorverschulden'. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1985.

NEUMANN, ULFRID y SCHROTH, ULRICH. *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980.

PAWLIK, MICHAEL. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004a.

PAWLIK, MICHAEL. "Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen", en KLAUS ROGALL, INGEBOURG PUPPE, ULRICH STEIN y otros (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, 2004b, p. 213.

PIUS XII. "Die Schuldvergeltung als metaphysisches Strafziel", en NORBERT HOERSTER (ed.), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1987, p. 218.

PRITTWITZ, CORNELIUS. "Positive Generalprävention und 'Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters?'", *Sonderheft KritV für Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, 2000, p. 162.

POPITZ, HEINRICH. *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, 1968.

REEMTSMA, JAN PHILIPP. *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem*, München, 1999.

REEMTSMA, JAN PHILIPP. *Im Keller*, Reinbeck, 1998.

RENGIER, RUDOLF. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2009.

RENZIKOWSKI, JOACHIM. "Normtheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre", *ARSP*, 87, 2001, p. 110.

RÖSSNER, DIETER. "Evidenzbasierte Kriminalprävention als Grundlage zweckrationaler Legitimation der Strafe", en RENÉ BLOY y otros (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald*, Berlin, 2010, p. 701.

RÖSSNER, DIETER. "Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtstaatlicher Verhaltenskontrolle", en BERND SCHÜNEMANN y otros (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin, 2001, p. 977.

ROXIN, CLAUS. "Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en WINFRIED HASSEMER, EBERHARD KEMPF y SERGIO MOCCIA (eds.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München, 2009, p. 601.

ROXIN, CLAUS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1, 4.ª ed., München, 2006.

ROXIN, CLAUS. "Wandlungen der Strafzwecklehre", en GUIDO BRITZ, HEIKE JUNG, HEINZ KORIATH y otros (eds.), *Grundfragen des staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2003, p. 701.

SCHILD, WOLFGANG. "Verbrechen und Strafe in der Rechtsphilosophie Hegels und seiner 'Schule' im 19. Jahrhundert", *ZRph*, 2003, p. 30.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD. *Vom Sinn der Strafe*, reimpresión de la edición de 1971, Berlin, 2004.

SCHMIDTCHEN, DIETER. "Prävention und Menschenwürde. Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe", en DIETER DÖLLING (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, Berlin, 2003, p. 245.

SCHNEIDER, HENDRICK. *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Berlin, 2004.

SCHOPENHAUER, ARTHUR. *Die Welt als Wille und Vorstellung*, tomos I y II, en *Werke in zehn Bänden*, Zürcher Ausgabe, Zürich, 1977.

SCHÜNEMANN, BERND. "Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur", en CORNELIUS PRITWITZ y otros (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 327.

SCHÜNEMANN, BERND. "Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie", en BERND SCHÜNEMANN, ANDREW VON HIRSCH y NILS JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 109.

SCHÜNEMANN, BERND. "Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung", en ALBIN ESER y KARIN CORNILS (eds.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg, 1987, p. 209.

SEELMANN, KURT. "Schwierigkeiten der Alternativendebatte im Strafrecht", en HENNING RADTKE y otros (eds.), *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 151.

SEELMANN, KURT. *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Freiburg und München, 1995.

SEELMANN, KURT. "Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafans im 18. Jahrhundert", en MICHAEL STOLLEIS y otros (eds.), *Festschrift für Sten Gagnér*, München, 1991, p. 441.

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

STRATENWERTH, GÜNTER y KUHLEN, LOTHAR. *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1, 6.<sup>a</sup> ed., Köln et al., 2011.

STRAWSON, PETER. "Freedom and Resentment", en STRAWSON, PETER, *Freedom and Resentment and Other Essays*, London, 1974, I.

STRENG, FRANZ. "Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe", *ZStW*, 92, 1980, p. 637.

WALTHER, SUSANNE. "Was soll 'Strafe'?", *ZStW*, 111, 1999, p. 123.

WEIGEND, THOMAS. "Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien", en Kurt Seelmann y Andrew von Hirsch (eds.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, p. 31.

WEIGEND, THOMAS. "'Die Strafe für das Opfer?' - zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf und Strafverfahrensrecht", *Rechtswissenschaft*, 1, 2010, p. 40.

WEIGEND, THOMAS. "Einleitung", en Wilhelm Lauffhütte/Ruth Rissing-van Saan y Klaus Tiedemann (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, tomo I, 12<sup>a</sup> ed., Berlin, 2007.

WEIGEND, THOMAS. "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", en THOMAS WEIGEND y GEORG KÜPPER, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin et al., 1999, p. 917.

WEITZEL, JÜRGEN. "Der Strafgedanke im frühen Mittelalter", en ERICH HILGENDORF y JÜRGEN WEITZEL (eds.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin, 2007, p. 21.

WILMS, HEINRICH. "Das Vergeltungsprinzip bei Immanuel Kant", *ZRph*, 2005, p. 72.

ZACZYK, RAINER. "Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafans", en JÖRG ARNOLD y otros (eds.), *Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, p. 207.