

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

und Moral, 1991, 305; Lüderssen, Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?, JA 1991, 222; Roxin, Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik, Gagnér-FS, 1991, 341; Endres, Einstellung zu Straf- und Sanktionszwecken und ihre Messung, MSchrKrim 1992, 309 ss.; Endres, Sanktionszweckseinstellungen im Rechtsbewußtsein von Laien, 1992; Lampe, Unrecht und Schuld, Sühne und Reue, Baumann-FS, 1992, 21; Schultz, Où est la neige d'antan oder die Strafrechtsreformer von gestern heute, Baumann-FS, 1992, 431; Werner, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?, KritV 1992, 433; J.-C. Wolf, Verhütung oder Vergeltung, 1992; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schulselements", 1993; Frommel, Umriss einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht, Schüler-Springorum-FS, 1993, 257; v. Hirsch, Censure and Sanctions, 1993; Küper, Paul Johann Anselm Feuerbach als Zeitgenosse, 140 Jahre GA, 1993, 131; Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I: Vorschläge zur prozessualen Behandlung der Kleinkriminalität, 1993; Landau, Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe. Karl Christian Friedrich Krause und Karl David August Röder, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 473; Lüderssen, Alternativen zum Strafen, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 487; H. Peters (ed.), Muß Strafe sein?, 1993; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Radzinowicz, Rückschritte in der Kriminalpolitik, ZStW 105 (1993), 247; Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519; Seelmann, Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP 1993, 228.

I. Fin de la pena; las teorías penales

Del cometido del Derecho penal y por tanto de las disposiciones penales ¹ hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual, ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del Derecho penal que se encuentra detrás (algo que muy a menudo no se toma suficientemente en consideración) ¹. Desde la antigüedad ² se disputan el fin de la pena tres interpretaciones fundamentales (a continuación ap. 1-3), que incluso hoy siguen determinando la discusión en diversas combinaciones (a continuación ap. 4/5).

1. La teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación)

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil ³, sino en que mediante la imposición

¹ En cambio, Calliess, NJW 1989, 1338, considera totalmente estéril la discusión sobre fines de la pena y teorías de la pena y aboga por "llevar el Derecho penal al centro, como Derecho constitucional concreto" (p. 1342). Más sobre ello, Calliess, 1974.

² Sobre la historia de las teorías penales v. Hippel, StrafR I, 1925, 459 ss.; Nagler, 1918. De tiempos más recientes, cfr. p.ej. Kaenel, 1081, 28-77; Frommel, 1987.

³ Se discute si la retribución justa puede calificarse, según esta doctrina, como "fin" de la pena.

de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talió^{3a}: ojo por ojo, diente por diente. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz.

- 3 Sin embargo, lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, cuanto más bien su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho penal difícilmente puede ser sobrestimado. Kant⁴ intentó en “La metafísica de las costumbres” (1798) fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas (loc. cit., § 49 E I): “Tantos como sean los asesinos que hayan cometido el asesinato, o que asimismo lo hayan ordenado, o hayan colaborado en él, tantos también tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial según las leyes generales y fundamentadas a priori”. Y sigue: “La ley penal es un imperativo categórico”; a aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor “de la pena o incluso sólo de un grado de la misma”, Kant le invoca una “calamidad”: “Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra”. Sí, para Kant tiene que haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si éstos se disolvieran —dice—, “debería ser pre-

A menudo se designa la pena retributiva como “libre de fin” y sólo se ve su “sentido” o “esencia” en la compensación de la culpabilidad. Para resolver esta cuestión todo depende de si se considera aplicable el concepto fin sólo a fines sociales, empíricos, o también a la realización de una idea (de la justicia). Si se afirma la segunda posibilidad, lo cual es una cuestión puramente terminológica, entonces puede decirse sin reparo que la teoría absoluta ve el fin de la pena en la retribución justa.

^{3a} Sobre la relación entre Talió y retribución Ebert, 1991, 249.

⁴ Para la introducción a la teoría de Kant, instructivo: Naucke, 1962; idem, SchIHA 1964, 203; H. Mayer, Engisch-FS, 1969, 74 ss.; Köhler, 1983; idem, 1986; E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ss.; Bielefeldt, GA 1990, 108; Kühl, 1991, 139.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

viamente ejecutado el último asesino que se encontrara en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo”.

Hegel ⁵, en sus “Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho” (1821), ⁴ uno de los más importantes textos filosóficojurídicos hasta la fecha, llega a unos resultados muy parecidos, al interpretar el delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación ⁶, como “anulación del delito, que de lo contrario tendría validez” y, con ello, como “restablecimiento del Derecho” (loc. cit., § 99). Dice (loc. cit., § 101): “La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión”. Materialmente, se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años. Sin embargo, Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena: según declara (loc. cit., adición al § 99): “Con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro.”

También las Iglesias de ambas confesiones ⁷ han apoyado hasta la época ⁵ de la postguerra mayoritariamente la teoría de la retribución al concebir la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios.

En la jurisprudencia, la teoría de la retribución ha desempeñado un papel ⁶ muy importante hasta tiempos muy recientes. “Cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causación de un mal”, se declara en BVerfGE 22, 132; y también en muchas otras sentencias del Tribunal Constitucional, se señala ⁸, frente a la intimidación y la corrección, la retribución como esencia o fin de la pena. También en las sentencias del BGH, se resalta a menudo de forma predominante la idea de retribución, p.ej., cuando en BGHSt 24, 134, se dice: “la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia abajo de su determinación como compensación justa de la culpabilidad.” De forma análoga, la legislación deja espacio

⁵ Instructivo sobre Hegel: Piontkowski, 1960; Flechtheim, ²1975; Klescewski, 1991; Seelmann, JuS 1979, 687, quien, por cierto —en contradicción con la historia de la recepción—, interpreta a Hegel más en el sentido de la prevención general; cfr. tb. idem, ARSP 1993, 228.

⁶ La fórmula de la pena como “negación de la negación” del Derecho, que a menudo se utiliza como caracterización de la teoría penal de Hegel, no está contenida explícitamente en el texto de Hegel “Líneas fundamentales”. Sólo se encuentra en el “Apéndice al § 97”, que fue extraído de unos apuntes de clase de Hotho por el discípulo de Hegel, Gans, quien más tarde lo añadió al texto.

⁷ Cfr. las referencias ulteriores en Jescheck, AT⁴, § 8 III 3.

⁸ Cfr. el resumen en Volk, ZStW 83 (1971), 405, así como las referencias en nm. 33.

al principio de retribución. Así, cuando el § 46 I 1 dice: “La culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena”, esta frase no tiene que interpretarse necesariamente en el sentido de la teoría de la retribución, pero tampoco excluye una interpretación de este tenor.

- 7 El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológicosocial, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe “corresponder” a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena (§ 46!) y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables.
- 8 No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una “culpabilidad” que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indeterminabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.
- 9 En contra de la teoría de la retribución también hablan sus consecuencias indeseables desde el punto de vista de política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

El atraso del sistema de la ejecución penal alemán, que carecía hasta 1977 de toda base legal, reside esencialmente en la influencia, dominante durante mucho tiempo, de la teoría de la retribución.

Tampoco en la formulación como “teoría de la expiación” puede defenderse 10 la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, sólo se usa el concepto “expiación” como otra palabra para indicar “retribución”. Sin embargo, con la “expiación” se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude.

2. La teoría de la prevención especial

La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuen- 11 tra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación, de la “prevención especial” como fin de la pena. La teoría de la “prevención especial”, al contrario de la concepción de la pena retributiva, “absoluta”, es una teoría “relativa”, pues se refiere al fin de prevención de delitos (“relativo” viene del lat. *referre* = referirse a). También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca († 65 d.C.), evocando la idea de Protágoras (aprox. 485-415 a.C.) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C.), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: “Nam, ut Plato ait: ‘nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...’” (“Pues, como dice Platón: ‘Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...’”⁹).

Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría inde- 12 pendiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la “escuela jurídicopenal sociológica” la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo. Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: **asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro

⁹ Séneca, De ira, liber I, XIX-7. Se refiere aquí a Platón, Leyes, 934 a.

de éstos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección**. Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo¹⁰ (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventivo-especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo en la postguerra (cfr. nm. 13, y § 4, nm. 15 ss.). La *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV: Unión Internacional de Derecho Penal), fundada en 1889 por von Liszt junto con el belga Prins y el holandés van Hamel, contribuyó mucho a la divulgación de los nuevos planteamientos políticocriminales. En 1924 apareció junto a ella la *Association Internationale du Droit Pénale* (AIDP), que todavía hoy sigue existiendo¹¹. En 1937 fue disuelto el grupo alemán de la IKV por los gobernantes de entonces. Después de la guerra fue sobre todo la Sociedad Internacional para la Defensa Social¹², fundada en 1947, la que continuó con el trabajo de Liszt. También el “Proyecto Alternativo de Código Penal” (= PA), publicado en 1966 por penalistas de Alemania Occidental (entre los que se encuentra el autor de este libro) y que ha influido notablemente en la reforma del Derecho penal de la República Federal (sobre esto § 4, nm. 20 ss.), le debe mucho y de forma muy especial a la teoría preventivo-especial, y con ello particularmente a Franz v. Liszt¹³ y a las opiniones de la defensa social¹⁴.

- 13** Objetivos sobre todo de prevención especial se han expresado también reiteradamente en la reforma legislativa de la República Federal desde 1969. En el § 46 I 2 de la nueva Parte general se dice acerca de la determinación de la pena: “hay que tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar para la vida futura del autor en la sociedad”. Numerosas innovaciones del sistema de sanciones en la reforma legislativa de Alemania Occidental (para más detalles § 4, nm. 27 ss.) sirven al fin de resocialización, que también se menciona como “fin de la ejecución” en el § 2 de la nueva

¹⁰ Bajo el título “Der Zweckgedanke im Strafrecht” en ZStW 3 (1883), 1; (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo 1, 1905 [reimpr. 1970], 126 ss.). Para la introducción al ideario de Liszt y su significado actual, es interesante el libro colectivo editado con motivo del 50 aniversario de su muerte: “Franz von Liszt zum Gedächtnis”, 1969 (= ZStW 81 [1969], fasc. 3 [pp. 541-829]), y asimismo los artículos con motivo del 100 aniversario del Programa de Marburgo en ZStW 94 (1982): Naucke (525 ss.); Frisch (565 ss.); Müller-Dietz (599 ss.).

¹¹ Para más detalles Jescheck, ZStW 92 (1980), 997 ss. Un inventario de la “Política criminal tras 100 años de IKV/AIDP” lo proporciona Burgstaller, ZStW 102 (1990), 637.

¹² Gramatica, 1961; H. Kaufmann, v. Weber-FS, 1963, 418; Rebhan, 1963; Ancel, 1966; Melzer, 1970.

¹³ Sobre esto especialmente Roxin, ZStW 81 (1969), 613.

¹⁴ Sobre esto Melzer, 1970, 102 ss.; idem, ZStW 84 (1972), 648 ss.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

Ley Penitenciaria: “En la ejecución de la pena privativa de libertad, el recluso debe conseguir llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos.”

Bajo el efecto de estas reformas, la jurisprudencia más reciente también ha **14** otorgado más amplitud que antes a la idea de resocialización. Así dice el BVerfG (E 35, 202, 235 s. = sentencia Lebach): “Como portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental del art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1 GG. Desde la de la sociedad, el principio del Estado social reclama previsiones y acciones sociales estatales” ¹⁵. También el BGH considera ahora, apoyándose en el desarrollo de la reforma del Derecho penal, “que la pena no tiene la misión de practicar la compensación de la culpabilidad por razón de sí ¹⁶ misma, sino que sólo está justificada cuando a la vez se manifiesta como un medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección preventiva del Derecho penal”. La cláusula de prevención especial del precepto legal de determinación de la pena permite percibir “un significativo desplazamiento del centro de gravedad hacia el punto de vista de prevención especial” (BGHSt 24, 40, 42).

En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, **15** que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. *supra* § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución.

Sin embargo, la puesta en práctica del enfoque preventivo especial también **16** suscita problemas, conocidos desde hace mucho tiempo, y que después de los años de la reforma han llevado de nuevo, no obstante, a un escepticismo cada

¹⁵ En el mismo sentido BVerfGE 36, 174 (188); 45, 187 (239).

¹⁶ Correctamente: “de aquélla”. [Roxin señala que el pronombre correcto es el masculino “*seiner*” (referido al sustantivo, tb. masculino en alemán, “*Vergleich*”: compensación, equilibrio), frente al femenino “*ihrer*” (referido al sustantivo femenino “*Schuld*”: culpabilidad), que aparece en el texto de la sent. del BGH. En definitiva, que no es correcto “por razón de sí misma”, que quiere decir “por razón de la culpabilidad misma”, sino “por razón de aquélla misma”, o sea, “por razón de la propia compensación de la culpabilidad”; N. del T.]

vez más fuerte frente a esta doctrina^{16a}. Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada¹⁷ y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento. Todas éstas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitido en un Estado liberal de Derecho.

- 17 Asimismo, la teoría preventivo-especial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana (cfr. sólo la cita de Hegel en nm. 4). Pero también el BVerfG dijo una vez (E 22, 219): “No es misión del Estado... ‘corregir’ a sus ciudadanos”. Así pues, el art. 1 I GG prohíbe una educación forzosa en cualquier caso por cuanto afecta al núcleo intocable de la personalidad de un adulto.
- 18 En efecto, en la política criminal internacional se puede comprobar desde 1975, más o menos, que se produce a menudo un abandono de la idea de resocialización antes dominante y una vuelta a la teoría de la retribución y a la prevención general (nm. 21 ss.)^{17a}. Esta dirección que se opone a un Derecho penal del tratamiento, y que bajo el nombre de “neoclasicismo” adquirió influencia sobre todo en América y en Escandinavia, se dirige sobre todo contra las penas de duración indeterminada y contra el tratamiento forzoso que en estos países se había considerado admisible hasta ese momento por motivo del fin terapéutico criminal¹⁸.

^{16a} Cfr. sobre los problemas de la idea de resocialización de Lüderssen, JA 1991, 222 ss., quien, sin embargo, defiende decididamente la resocialización.

¹⁷ Esto lo preveía el § 19 JGG, pero fue anulado por la 1.^a JGGÄndG de 30-8-1990, basándose en consideraciones políticocriminales, educativas y jurídicoconstitucionales; cfr. BT-Drucks. 11/5829.

^{17a} Esboza una imagen impresionante y sombría de los “retrocesos en la política criminal” y la propagación internacional de modelos autoritarios de la administración de la justicia penal Radzinowicz, ZStW 105 (1993), 247.

¹⁸ Sobre Escandinavia cfr. Anttila, ZStW 95 (1983), 739 ss., y Löfmarck, 1987, 15 ss.; sobre América Weigend, ZStW 90 (1978), 1116 s., y ZStW 94 (1982), 801 ss. Acerca de estas tendencias

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que **19** no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión. ¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente?

Por último, lo que también contribuyó al desencanto frente a la prevención **20** especial fue la circunstancia de que, a pesar de todos los esfuerzos dentro y fuera del país, no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y, por lo tanto, es independiente de cualquier “resultado o éxito”, la fijación de una meta preventivo-especial se torna sin sentido en el caso de carencia constante de éxito, aunque se la considere correcta teóricamente. Al menos, las dificultades que se interponen en el camino de la realización práctica de los planes de resocialización han llevado no pocas veces a un cansancio resignado, que repercute en el planteamiento mismo. Bajo el lema “nothing works” ¹⁹ (= nada funciona) esta tendencia ha encontrado su expresión más eficaz internacionalmente.

3. La teoría de la prevención general

Finalmente, la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la **21** pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no **especialmente** sobre el condenado, sino **generalmente** sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general.

Fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann **22** Anselm v. Feuerbach (1775-1833), quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán ²⁰. Feuerbach derivaba su doc-

internacionales y sobre la defensa de la idea de resocialización contra ellas Roxin, Gagnér-FS, 1991, 341.

¹⁹ Se trata de un resumen abreviado de las tesis de Martinson en su escrito: “What works? Questions and Answers about Prison Reform”, 1974.

²⁰ Feuerbach es el padre del filósofo Ludwig v. Feuerbach (1804-1872) y abuelo del pintor Anselm v. Feuerbach (1820-1880). También interesante para estudiantes: Radbruch, P.J.A. Feuerbach, ein

trina de prevención general de la llamada “teoría psicológica de la coacción”, desarrollada por él (lingüísticamente correcto: teoría de la coacción psicológica; cfr. sobre ello tb. § 5, nm. 22 s.). Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una “coacción psíquica” para abstenerse de la comisión del hecho. El manual de Feuerbach²¹ contiene en el § 13 un resumen exacto de esta concepción, tanto racionalista como determinista: “Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión”²².

23 Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza. También Feuerbach lo vio así (loc. cit., § 16). Para él, “el fin de infligir” la pena está en la “motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley.”

24 La teoría preventivogeneral tiene también hoy en día mucha influencia como teoría de la pena²³. Posee una cierta evidencia de psicología del profano

Juristenleben, 1934, ²1957, ³1969 (3.^a ed. edit. por E. Wolf). Además Kipper, P.J.A. Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, ²1989; Naucke, Paul Johann Anselm von Feuerbach, ZStW 87 (1975), 861 ss.; Küper, 140 Jahre GA, 1993, 131.

²¹ P.J.A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1.^a ed. 1801. Aquí citado según la última ed. (14.^a) 1847, 38. Fundamental además su “Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts”, 2 tomos, 1799, 1800 (reimpr. 1966). Sobre su teoría: Hartmann, 1958; Naucke, 1962.

²² También invoca a Feuerbach la teoría penal preventivogeneral de Schopenhauer, que últimamente se vuelve a tomar más en consideración; cfr. sólo Hoerster, ARSP 1972, 555; Küpper, 1990, 207. Küpper también hace hincapié en la analogía de la teoría preventiva mixta que aquí se apoya (nm. 36 ss.) con la concepción de Schopenhauer.

²³ Ante todo es defendida con mucho énfasis por Schmidhäuser, ²1971, y Hoerster, GA 1970, 272; actualmente se la puede considerar casi dominante, bajo la forma de “prevención general positiva” (nm. 26 s.). Ejemplar en el sentido de la prevención general positiva el manual de Jakobs, AT², 1/1-52. Críticamente sobre la prevención general: E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ss. Sobre

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

y se justifica asimismo por la consideración de la psicología profunda²⁴ de que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes. Ya Freud²⁵ encontró uno de los “fundamentos del ordenamiento penal humano” en las necesidades de la prevención general: “Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento...” La teoría actual distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general²⁶.

El aspecto negativo se puede describir con “el concepto de la intimidación 25 de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes”. Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.). Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una “intimidación” y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticossalmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general.

El aspecto positivo de la prevención general “comúnmente se busca en la 26 conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico”. Conforme a ello, la pena tiene la misión de “demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”. Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez 27 tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí²⁷: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el “ejercicio en la confianza del De-

la discusión de los modernos enfoques preventivos generales Prittwitz, 1993, 213 ss. Arzt ofrece en su libro “Der Ruf nach Recht und Ordnung” (1976) un análisis ponderado del movimiento americano de *law-and-order* y estudia también el “potencial de un movimiento para el Derecho y el orden en Alemania” (pp. 132 ss.).

²⁴ En contra de la intención de la mayoría de los psicoanalíticos, quienes se preocupan por la exculpación de los autores de los delitos y que a menudo también aspiran a la abolición del Derecho penal (cfr. últimamente Plack, 1974).

²⁵ Sigmund Freud, Totem und Tabu, en: Studienausgabe, t. IX, 1974, 361. Fundamental: Engelhardt, 1976; Haffke, 1976.

²⁶ Para más detalles sobre ello BVerfGE 45, 255 s., donde se encuentran las citas utilizadas en nm. 25 s.

²⁷ Para más detalles Roxin, 1987, 48.

recho²⁸ que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de “prevención integradora”²⁹.

- 28** No cabe duda de que el punto de partida ideológico de la teoría preventivogeneral está claro. En cuanto tiende a la evitación de delitos, está orientada, al contrario de la teoría de la retribución, inmediatamente a la misión de protección del Derecho penal y no pierde tampoco su sentido por un reconocimiento de la prevención especial. Pues no es suficiente, bajo el punto de vista de la evitación del delito, con que la pena actúe sólo sobre los ya reincidentes; más bien es deseable políticosocialmente prevenir además la comisión de delitos en general y desde un principio, y justamente ésta es la meta del planteamiento preventivogeneral.
- 29** La teoría preventivogeneral tiene también dos ventajas fundamentales frente a la preventivo especial. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posible exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta (cfr. sobre ello tb. § 5, nm. 22 s.).
- 30** Finalmente, para la influencia preventivogeneral, es favorable el hecho de que esta teoría se basa ciertamente en suposiciones psicológicosociales, pero, de forma distinta a los esfuerzos de prevención especial (nm. 20), apenas es rebatible por la praxis. Pues, a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, puede contraponerse siempre que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho. Hasta qué punto esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, ciertamente todavía es poco claro empíricamente y asimismo difícil

²⁸ Jakobs, 1976, 10, 31 s.

²⁹ El concepto fue utilizado probablemente por primera vez en este sentido por Roxin, Bockelmann-FS, 1979, 305 s. Para más detalles Müller-Dietz, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 813 ss.; Moos, Pallin-FS, 1989, 283 ss.; Zipf, Pallin-FS, 1989, 479 ss.; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 914.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

de determinar de forma fehaciente; pero justamente por esta razón, la hipótesis de que la praxis punitiva estatal juega un papel fundamental en ello, apenas es falsificable ³⁰.

Por otro lado, el principio de la prevención general también presenta con- 31 siderables deficiencias teóricas y prácticas. En primer lugar, al igual que la prevención especial, no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. Así, por lo menos la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas "sin medida". Asimismo, la objeción de que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial ³¹. Es decir, mientras la resocialización debe ayudar (por lo menos también) al condenado, el castigo por motivos de prevención general sólo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad (o sea, de otro) y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma. Por último, la teoría preventivogeneral comparte el defecto de la teoría de la retribución de no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena. Esto es válido para todas las formas de manifestación de la prevención general en tanto que ésta siempre se dirige a la comunidad y no al autor. Sin embargo rige especialmente para la prevención general negativa. Pues una ejecución de la pena que tiende a la "mera intimidación de los ciudadanos" (Feuerbach), incitará más a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera, perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad.

4. Las teorías unificadoras retributivas

Las teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que antes fueron absolu- 32 tamente dominantes y que todavía hoy son determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones discutidas hasta ahora. Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Así y todo, el fin retributivo tenía originariamente la función absolutamente dominante. "... lo decisivo es... en primer lugar la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque

³⁰ Sobre "Fundamentos empíricos de la prevención general" cfr. Schöch, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 1081 ss., quien resalta que "la función preventivogeneral del Derecho penal está absolutamente fundamentada empíricamente" (1103 s.). "Sobre la eficacia de la prevención general", además Schöch, 1990, 95; Bönitz, 1991. Sobre "realidad o ilusión de prevención general", Dölling, ZStW 102 (1990), 1. Una "Investigación empírica del efecto intimidatorio de las sanciones jurídicopenales" ofrece Vilsmeier, MSchrKrim 1990, 276. Endres (1992; MSchrKrim 1992, 309) propone un método para abarcar las adaptaciones de la finalidad de la sanción.

³¹ Cfr. sobre esto Köhler, 1983.

junto a ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de corrección y el de aseguramiento, pasan frente a aquél a un segundo plano” (RGSt 58, 109). También hoy se acentúa todavía con frecuencia que sólo se debería hablar de una “auténtica” teoría unificadora o mixta “en sentido tradicional” cuando los fines preventivos no tocan el carácter retributivo de la pena y sólo se contemplarían en el marco trazado por la retribución³². Esta teoría hay que rechazarla desde el punto de partida aquí defendido, ya por el hecho de que, como mera modificación de la teoría de la retribución, le son aplicables todas las objeciones formuladas contra ésta (nm. 8-10) y de ahí que actualmente resulte tan difícilmente defendible como ésta.

- 33** En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Se parte de que ninguna de las teorías penales está ordenada o prohibida por la ley, de forma que —en cierto modo, según las necesidades— puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena. La toma de posición del BVerfG (E 45, 187, 253 s.) es representativa: “El Tribunal Constitucional federal se ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado en principio posición sobre las teorías penales defendidas en la doctrina... Se ha señalado como cometido general del Derecho penal el de proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada se señalan la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del sujeto, la expiación y la retribución por el injusto cometido”. La pena criminal es “—sin perjuicio de su cometido de intimidar y resocializar— retribución por el injusto cometido” (BVerfG E 39, 1, 57). También el BGH se mueve en la línea señalada; ya se han expuesto en la discusión de las teorías penales precedentes ejemplos de cómo tan pronto se acentúa especialmente uno como otro punto de vista.
- 34** Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general. Una “teoría unificadora aditiva”³³ de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido

³² Especialmente claro Maurach, AT, 41971, § 6 I D (algo matizado pero similar tb. Maurach/Zipf, AT/1⁸, 6/8); Lenckner, 1972, 13.

³³ Sobre ello Roxin, JuS 1966, 387 (= Grundlagenprobleme, 28) [= Problemas básicos, 1976, 33; N. del T.]. En gran parte de acuerdo conmigo Kaenel, 1981, quien señala además la similitud de la interpretación teóricopenal defendida por mí, con la de Carl Stooss (cfr. § 1, n. 1)

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.

Por el contrario, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de 35 sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva "dialéctica", en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis. Esto se detallará a continuación.

5. La teoría unificadora preventiva

a) El fin exclusivamente preventivo de la pena

El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el en- 36 tendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (cfr. § 2, nm. 9 ss.), también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito ^{33a} (cfr. nm. 15, 28). De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.

La persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es pro- 37 blemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible. Esta concepción tampoco encuentra dificultades allí donde, en el caso concreto, la sanción sólo se basa en el componente preventivogeneral de la pena porque no existe peligro alguno de reincidencia. Pues el fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo.

Esta idea resulta también importante ante todo cuando no se puede contar 38 con el condenado para una ejecución resocializadora de la pena. Una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser

^{33a} De otra opinión v. Hirsch/Jareborg, 1991, 15 ss., quienes si bien reconocen la prevención general como justificación de la institución Derecho penal, quieren sin embargo determinar la pena concreta únicamente según puntos de vista de igualdad.

pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una “socialización forzosa” ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible en atención al art. 1 GG. Por tanto, si el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización, sin duda debe des-pertarse entonces su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; para su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general. De este modo se invalidan al mismo tiempo todas las objeciones que se alegan contra el fin de resocialización con el argumento de que éste conduce a una adaptación forzosa que viola la personalidad (cfr. nm. 17 s.). Pues cuando el condenado, por iniciativa propia, colabora en el desarrollo de la ejecución, ello no contribuye a la violación de su personalidad, sino precisamente al desarrollo de la misma. Si resocialización presupone voluntariedad, está claro también por qué no hay contradicción irresoluble alguna cuando el BVerfG, por una parte, estatuye un derecho fundamental a la resocialización (nm. 14), pero, por otra parte, niega al Estado la facultad «de corregir a sus ciudadanos» (nm. 17). Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante, el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira.

- 39** Lo propio rige para las dificultades que resultan de la observación de que programas de (re)socialización bien pensados se han mostrado hasta ahora como fracasados. Tales reveses se deben en parte a la desatención a los puntos de vista que se acaban de exponer y, en parte también, a que el Derecho penal socializador se encuentra todavía en los comienzos de su realización. Los esfuerzos realizados hasta ahora en la República Federal han producido múltiples resultados alentadores³⁴. Pero los inevitables extravíos tampoco pueden conducir a un “fiasco de la teoría de la pena”, porque la función preventivogeneral de la pena puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario y no se ve menoscabada por los fracasos preventivos especiales que se puedan producir aquí o allá.
- 40** Un conflicto entre prevención general y especial se produce solamente allí donde ambos fines perseguidos exigen diferentes cuantías de pena. Así, en un caso concreto (p.ej. cuando un joven ha causado una lesión con resultado de muerte en una riña), puede parecer adecuado un castigo de tres años de privación de libertad sobre la base de la prevención general y en aplicación del § 226 II, mientras que las exigencias de prevención especial sólo permiten un año con remisión condicional porque una pena más grave desocializaría al autor y cabría esperar un tropiezo en futura criminalidad. Cualquiera de ambas posibles soluciones obtiene, pues, un beneficio preventivo, por una

³⁴ Cfr. Jescheck, ZStW 91 (1979), 1055: “La conocida expresión de Martinson ‘nothing works’... no se ha confirmado entre nosotros”; Schultz, Jescheck-FS, 1985, 799 s.; idem, Baumann-FS, 1992, 431; Kaiser, Kriminologie, Ein Lehrbuch, ²1988, § 115, nm. 30; Roxin, Gagnér-FS, 1991, 341. Es-céptico en cambio Albrecht, ZStW 97 (1985), 831 ss., quien aboga por la prevención especial sólo “en el sentido de minimización de consecuencias dañinas que se producen sobre la base del inter-namiento social”. Sobre la relación entre “criminología y prevención especial” Bock ZStW 102 (1990), 504.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

parte, a cambio de un perjuicio preventivo, por otra. En un caso así es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación. En ello tiene preferencia la prevención especial hasta un grado que a continuación habrá que determinar, de forma que en nuestro ejemplo la pena que se impondría sería la de un año de prisión, con remisión condicional. Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional (cfr. nm. 14), que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo-especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos-generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo-general. Por otra parte, corresponde la preferencia a las necesidades preventivo-especiales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivo-general todavía lo permita (como es el caso en nuestro ejemplo). Es decir, por motivo de los efectos preventivo-especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del “mínimo preventivo-general”³⁵.

El significado de la prevención general y especial se acentúa también de 41 forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales a tenor de lo expuesto en los nm. 37-40. Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial, como también pone de manifiesto el § 2 StVollzG, que sólo menciona la (re)socialización como “fin de la ejecución”. Ahora bien, esto no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada. Pues si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo-general (cfr. *supra* nm. 40 e *infra* nm. 44); no debe pretender conseguirlo aquí expresamente, pero debe estar garantizado mediante los condicionamientos en su marco. Por

³⁵ Sobre el problema del equilibrio entre prevención especial y general con la inclusión de los preceptos legales de determinación de la pena cfr. en particular el apartado “Determinación de la pena” (en tomo II).

otro lado, también sucede que la pena sólo puede desarrollar sus efectos preventivos especiales si éstos ya están preprogramados en las disposiciones legales.

- 42** La teoría preventiva mixta acoge, pues, en su seno los enfoques preventivos especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano: Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar (nm. 40). A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales (nm. 41) y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivos especiales (nm. 37 s.), mientras que no se puede dar una pena preventiva especial sin intención preventivo general alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución (nm. 40 s.). La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal.

b) La renuncia a toda retribución

- 43** En una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención ³⁶. Contra los fundamentos en favor de este veredicto, ya expuestos en nm. 8-10, se ha objetado en ocasiones que sólo la teoría de la retribución puede justificar el castigo de los criminales nazis, que actualmente vivían socialmente integrados y que ya no representaban ningún peligro. Pero eso no es correcto. Pues un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivos generales, porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general: si tales asesinatos se quedasen sin castigo, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir del mismo modo la impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable.
- 44** La idea de retribución tampoco cabe integrarla en la teoría mixta entendiendo, como a menudo sucede, que la “esencia” de la pena se ve en la causalidad retributiva de un mal, mientras que su fin justificador, en los objetivos preventivos del Derecho penal ³⁷. Pues las instituciones jurídicas no tienen

³⁶ De otra opinión sobre ello Arm. Kaufman, 1983, quien insiste en el poder legitimador de la retribución, aunque él también rechaza una “pura” retribución carente de prevención.

³⁷ Henkel, 1960, 9, objeta acertadamente contra la aceptación de que la “esencia” de la pena sea retribución: “Cuando los padres castigan a su hijo desobediente, lo hacen de forma razonable, para educarlo y se equivocan sobre el verdadero sentido del acto de castigar precisamente en cuanto se dejan arrastrar a los ‘golpes retributivos’ provocados emocionalmente. Que aparte de esto, la pena

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

“esencia” alguna independiente de sus fines, sino que esa “esencia” se determina mediante el fin que con ellos quiere alcanzarse. Ciertamente es solamente que toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo. La orden de disfrutar unas vacaciones en Mallorca no podría calificarse de pena. Pero eso no radica en un carácter retributivo de la pena conforme a su esencia, sino en que sus irrenunciables componentes de finalidad preventivogeneral (nm. 40 s.) se frustrarían si motivaran a la comisión de hechos delictivos en vez de a su omisión. En cambio, una pena terapéutica que consistiera en un “*training social*” no contradiría la “esencia” de la pena, puesto que tal pena exige del condenado esfuerzos mayores que el mero “cumplimiento pasivo” del sometimiento a custodia y, por tanto, de ninguna manera carece de efectos preventivogenerales.

Es cierto además que en el castigo reside un “reproche ético-social”, como **45** hoy es admitido generalmente. Con este criterio se ha tratado de delimitar la pena en cuanto a su contenido de otras sanciones; así, de la pena disciplinaria como un “apercibimiento de deberes”, o de la multa coactiva como un “medio de doblegación”. De todas formas, estas diferencias son un poco artificiosas porque en el efecto sobre los afectados apenas son perceptibles y porque tales diferenciaciones desconocen que la delimitación de una sanción criminal o no criminal en los límites arriba trazados es una libre decisión del legislador (cfr. para más detalles § 2, nm. 39 ss.). Pero sea como fuere: del hecho de que en el castigo radica un “reproche social” no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causación de un mal ³⁸. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia resocializadora.

c) El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención

No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo **46** de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho (nm. 16, 31), se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una

para menores prevista en el Derecho penal del menor no tiene carácter de retribución, sino que hay que interpretarla como pena educativa, eso no es discutido por nadie”.

³⁸ Discr. en este punto p.ej. Jescheck, AT⁴, § 8 I 2 b.

detención más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto. El principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno.

- 47 La exigencia de que la pena no pueda ser en ningún caso superior a la culpabilidad del autor, se reconoce hoy en la República Federal de forma absolutamente mayoritaria. La mayoría de las veces se admite incluso que una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre (art. 1 GG), de forma que según esto el principio de culpabilidad tendría un rango constitucional en su función limitadora de la pena (BVerfGE 20, 323, 331) ³⁹. Esto es dudoso por lo menos en lo que respecta a la cuantía o magnitud de la pena, porque por regla general no se pone en tela de juicio la constitucionalidad de las medidas de seguridad no limitadas por el principio de culpabilidad (sobre ello, *infra* nm. 54 ss.) y porque ordenamientos jurídicos extranjeros, a los que no se puede reprochar un menosprecio de la dignidad humana, generalmente no han establecido legalmente de forma alguna el principio de culpabilidad ^{39a}. No obstante, el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológicosocial más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Además, corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo ⁴⁰. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y “merecida” es sólo una pena acorde con la culpabilidad.
- 48 Por el contrario, desde el punto de vista de teoría de la pena no hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la

³⁹ Ciertamente la sentencia se apoya explícitamente sólo en el principio del Estado de Derecho y asimismo vincula sólo la fundamentación de la pena (no la magnitud de la pena) claramente a la culpabilidad: “A la máxima de que toda pena presupone culpabilidad le corresponde un rango jurídicoconstitucional. Se basa en el principio del Estado de Derecho”.

^{39a} Sobre el ámbito de influencia jurídica anglosajona Henke, 1990.

⁴⁰ Sobre la complicada relación entre culpabilidad y prevención cfr. más detalladamente los apartados sobre “culpabilidad” (§ 19) y “determinación de la pena” (tomo II).

culpabilidad⁴¹. Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva.

La concepción aquí defendida evita también los reparos que se plantean **49** desde el punto de partida del determinismo contra una utilización del concepto de culpabilidad en Derecho penal. Pues ciertamente la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma. Pero cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legitimidad de su reconocimiento como uno de los medios de salvaguarda de la libertad ciudadana no depende de su demostrabilidad empírica o epistemológica. Su aceptación es una posición normativa, una regla de juego social, que no responde a la pregunta de cómo está configurada **en su esencia** la libertad humana, sino que solamente dispone que el hombre debe ser **tratado** por el Estado como libre en principio y capaz de responsabilidad. La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva⁴². Puesto que el principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege; también un determinista puede admitir semejante principio jurídico normativo, porque ello no afecta a su convencimiento de la condición real del curso del mundo. En el Derecho sucede lo mismo con la culpabilidad y la libertad que con la dignidad humana (que las presupone), cuya existencia asimismo no es “de-

⁴¹ Sobre la compatibilidad de esta concepción con el Derecho vigente, sobre todo con el § 46 I, y sobre la discusión con opiniones discrepantes cfr. el apartado sobre la determinación de la pena (tomo II). Muy de acuerdo con la concepción aquí defendida Haft, AT⁵, 124 (“modelo particularmente convincente”). En cambio, Fletcher, ZStW 101 (1989), 803, aboga por un Derecho penal retributivo justamente por los peligros que para el principio de igualdad ve en los objetivos utilitaristas. En este argumento se centraba la discusión —mayoritariamente contradiciendo a Fletcher— en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1989 en Trier (ZStW 101 [1989], 908). Sobre “Utilitarismo y principio de culpabilidad” en el pensamiento jurídicopenal anglosajón Henke, 1990.

⁴² Es decir, cada uno puede contestarla según su opinión personal. En contra de esta posibilidad sobre todo Arth. Kaufmann, JZ 1967, 555; idem, Lange-FS, 1976, 28; Lenckner, 1972, 13 ss., 17 s.; Dreher, 1987; Griffel, ZStW 98 (1986), 28 ss.; idem, GA 1989, 193 ss. En contra resalta sobre todo Bockelmann, ZStW 75 (1963), 384, que el problema de la libertad de voluntad no “necesita tocarse” en el Derecho penal. Expresamente de acuerdo conmigo Backes, Maihofer-FS, 1988, 54 ss., con referencia a la analogía con más recientes teorías científicosociales. A favor de una “culpabilidad sin libertad” Streng, ZStW 101 (1989), 273 ss. Cfr. además Pothast, 1980; Kunz, ZStW 98 (1986), 823 ss.; Tiemeyer, ZStW 100 (1988), 527 ss. El problema no puede ser discutido ampliamente en este contexto. En el § 19 de este libro se tratan más a fondo las “Cuestiones fundamentales de la teoría de la responsabilidad”.

mostrable”, pero cuya admisión tampoco es impugnabile con argumentos empíricos.

- 50** Las cosas son de otra manera si se contempla la retribución como cometido de la pena. Pues entonces no es la necesidad preventiva en lo que debe basarse la intervención estatal, sino la compensación de la culpabilidad; frente a esto se puede alegar con razón que las intervenciones estatales no se pueden fundar en suposiciones indemostrables, sino sólo en necesidades sociales. Pero esta objeción no afecta a la teoría unificadora aquí defendida.
- 51** Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad también se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como “medio para el fin” y se le perjudica así en su dignidad como persona (nm. 4, 17, 31). En cuanto a los esfuerzos para la socialización preventivo-especial, sin duda se eliminan las objeciones ya por la necesidad de una colaboración voluntaria y autorresponsable del procesado (nm. 38). Pero en la medida en que en los fines de la pena se sigue tratando del aseguramiento individual y general y de la intimidación, tal objeción sólo puede afectar al supuesto de que al particular se le haga objeto de los fines preventivos más allá de la medida de su responsabilidad. Pues dentro del marco de lo merecido **toda** pena, dado que se le impone al sujeto contra su voluntad, supone tratar al afectado como medio para un fin que primariamente no es el suyo; y que ese fin sea de tipo preventivo-social o, por el contrario, ideal (retribución compensadora de la culpabilidad), no cambia en nada el hecho de que el condenado es siempre el objeto del poder coercitivo del Estado. Considerar esto inadmisibile significaría que el Estado debería renunciar absolutamente a la pena y a la coerción, de lo cual no ha sido capaz todavía ningún ordenamiento jurídico conocido ⁴³.
- 52** En ocasiones se ha intentado renunciar por completo al principio de culpabilidad, afectado por su anterior vinculación con la teoría retributiva y por las controversias filosóficas, y poner en manos del principio de proporcionalidad la necesaria limitación de la pena ⁴⁴. Pero éste no es el camino idóneo para la solución del problema ⁴⁵, como ya muestra una ojeada a la ley. Pues según el Derecho vigente, las medidas de seguridad encuentran su límite en el principio de proporcionalidad (§ 62). Pero si el legislador siempre acude a

⁴³ Por lo demás, en casos especiales pueden justificarse también intervenciones en forma de “medidas de seguridad”, que son independientes de la culpabilidad del autor o que la sobrepasan; cfr. sobre ello nm. 56 ss.

⁴⁴ Ellscheid/Hassemer, 1970. Calliess, 1974, 187, opina que detrás del principio de culpabilidad realmente se esconde el principio de proporcionalidad. Un intento de orientación criminológica de arreglarse en el Derecho penal sin el principio de culpabilidad y de resolver el problema del límite de la intervención mediante el principio de proporcionalidad nos ofrece Scheffler, 1985, así como idem, 1987; en contra del principio de culpabilidad y a favor de un “Derecho de medidas referido al hecho” tb. Baurmann, 1987 (crítico contra ambos autores Roxin, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519). Cfr. sobre los que se oponen al principio de culpabilidad tb. en el § 19, nm. 43 ss.

⁴⁵ Cfr. sobre ello Roxin, 1973, 322; idem, SchwZStr 104 (1987), 363; Arth. Kaufmann, Lange-FS, 1976, 31 ss.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

las medidas de seguridad allí donde la protección eficaz de la sociedad no está garantizada mediante penas (cfr. al respecto nm. 54 ss.), ello se debe a que las medidas de seguridad, a pesar de su restricción por el principio de proporcionalidad, posibilitan intervenciones mucho más fuertes en la libertad del inculcado que las que permite el castigo en los límites del principio de culpabilidad. Esto es también fácilmente explicable desde el planteamiento teórico, pues el interés de prevención se excluye precisamente en la determinación de la magnitud de la pena por el principio de culpabilidad —debido a su fijación sobre el hecho cometido—, y este efecto limitador de la pena no puede lograrse por ningún otro principio. El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad.

d) Recapitulación

La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena **53** sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivos especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivos generales. Una concepción así no tiene en modo alguno un significado predominantemente teórico, sino que, aparte de lo ya expuesto, tiene también muchas e importantes consecuencias jurídicas. Cómo repercute en particular esta teoría en la aplicación del Derecho vigente es algo que tan sólo puede ser expuesto más detalladamente en posteriores partes de este libro, así, en la discusión de la culpabilidad (§ 19), del sistema de sanciones (tomo II) y de la determinación de la pena (tomo II).

II. Finalidad y límites de las medidas de seguridad; la relación entre pena y medidas

Ya se ha señalado que nuestro Código Penal prevé junto a las penas también **54** medidas de seguridad y que esta doble vía del sistema de sanciones marca el elemento estructural fundamental de nuestra regulación de las consecuencias jurídicas (§ 1 nm. 2-4). A tenor de la discusión de las teorías penales se comprende asimismo por qué un Derecho penal obligado con el principio de culpabilidad necesita la segunda vía de las medidas de seguridad: la autorrestricción de la intervención coactiva del Estado, que se asienta en la medida de la culpabilidad, posibilita ciertamente, por regla general, un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del justiciable; sin embargo, la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan

grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad. Cuando p.ej. un deficiente mental que sólo es imputable en una pequeña medida comete hechos violentos graves y es previsible que los vuelva a cometer, entonces su reducida culpabilidad (§ 21) justifica sólo una pena pequeña, pero la protección de la generalidad hace necesario además de eso que se le ingrese en un hospital psiquiátrico (§ 63) en atención a los fines de corrección y aseguramiento ^{45a}. Semejante es el caso de los adictos al alcohol y toxicómanos, cuya culpabilidad es a menudo pequeña y que deben ser ingresados en un establecimiento de deshabitación o desintoxicación (§ 64) para evitar los peligros que de ellos puedan provenir (y en su propio interés). También sobre sujetos en los cuales no concurren alteraciones de tal modo manifiestas puede imponerse un internamiento o custodia de seguridad, que sobrepase en su duración la pena posible según el principio de culpabilidad, siempre que aquéllos sean reincidentes y amenacen con causar ulteriores daños graves (cfr. § 66). También las restantes medidas de seguridad, que se exponen de forma sintética en el § 61 y que tan sólo pueden ser tratadas en particular posteriormente (en el tomo II), se asientan todas ellas sobre la idea de una peligrosidad del autor para la colectividad, que no se elimina mediante la pena.

- 55** El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella. Sin embargo, los acentos se reparten de forma diferente, por cuanto el fin preventivo especial no aparece de la misma forma en las medidas en particular. Así, el internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos se colocan ciertamente al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización. Aparte de ello, la mayoría de las medidas de seguridad surten también un efecto preventivo general y esto ha sido también tenido en cuenta por el legislador como fin secundario: una medida de seguridad como la privación del permiso de conducir (§ 69) tiene la mayoría de las veces un efecto más intimidatorio sobre la comunidad que la pena que cabe esperar en los delitos de tráfico, y también en el círculo de los delincuentes por tendencia a menudo se teme más al internamiento o custodia de seguridad que a la pena.
- 56** Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por

^{45a} Haffke, R & P 1991, 94, describe de forma sugerente la "ambivalencia del § 21", por el que la atenuación de la pena en muchos casos es "comprada" a cambio del internamiento en un hospital psiquiátrico. Con razón exige que "se discipline conforme al Estado de Derecho el Derecho sobre medidas de seguridad y sobre internamientos".

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma. En consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena.

De ahí que surja la pregunta de cómo se puede justificar la facultad estatal **57** para sanciones-medidas de seguridad tan incisivas. Hasta ahora, ello ha ocupado a la ciencia mucho menos que la cuestión sobre la justificación de la pena ⁴⁶, aunque su importancia no es menor. La respuesta sólo puede surgir de la idea de ponderación de bienes. Según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad ⁴⁷. Para ello se ponen el “valor y la dignidad del hombre... con todo su peso sobre el plato de la balanza. Cuanto más se aprecien por el orden jurídico, tanto más estrecho se trazará el círculo de los peligros contra los cuales se aplican las medidas preventivas” ⁴⁸. Frecuentemente, en lugar de al principio de ponderación de bienes, se alude a la idea del vínculo con la comunidad de la libertad humana, que se pierde en casos de abuso grave, mientras que en caso de defectos corporales o psíquicos de la persona “la idea del tratamiento curativo” justifica la medida ⁴⁹. El argumento del abuso no aclara, sin embargo, la cuestión decisiva de por qué se pierde la libertad más allá de la medida de la propia responsabilidad; y la idea del tratamiento curativo como tal no justifica todavía una coacción. Esta laguna de fundamentación en ambos casos sólo puede colmarse mediante el principio de ponderación de bienes.

Desde el punto de vista de este principio es evidente lo que el § 62 incluso **58** expresamente manifiesta: que una medida no puede ser ordenada, a pesar de

⁴⁶ Cfr. Kaiser, 1990, 6, n. 15: “... un desarrollo teórico autónomo, comparable con la teoría de la pena, no existe”.

⁴⁷ Fundamentalmente de acuerdo Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 103: “principio del interés preponderante”; Stratenwerth, AT³, nm. 36; parecido tb. Schmidhäuser, LB AT², 21/8, n. 4: “interés de una vida de alguna forma útil en sociedad”; idem, StuB AT², 16/7. También Kaiser, 1990, 48 s., encuentra la justificación de las medidas “en el interés público preponderante... El interés público prevalece cuando los posibles delitos son graves y la probabilidad de comisión alta”.

⁴⁸ Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 105. De ello se deduce que la dignidad humana requiere un uso moderado de las medidas de seguridad que sobrepasan la culpabilidad, pero nada se opone de forma absoluta a tales intervenciones (cfr. ya nm. 47, n. 43). Por otro lado está claro que frente a una solución que permitiría en general una cierta transgresión de la medida de la culpabilidad, de acuerdo con el Estado de Derecho es mejor una regulación que, como la nuestra, liga en principio a la medida de la culpabilidad la facultad de imponer sanciones jurídicocriminales y sólo en casos excepcionales permite sobrepasarla (cfr. sobre ello tb. nm. 62).

⁴⁹ Así Jescheck, AT⁴, § 9 II, refiriéndose sobre todo a Welzel, StrafR¹¹, § 32 II.

una peligrosidad existente, “si no guarda proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los hechos que se esperan, así como tampoco con el grado del peligro que emana de él”. El principio de proporcionalidad fluye de la idea del Estado de Derecho (BVerfGE 23, 127, 133, con ulteriores referencias), y por lo tanto tiene rango jurídicoconstitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado. En numerosas medidas esta idea se ha desarrollado aún más detalladamente en los preceptos particulares (cfr. p.ej. § 66 I n.º 3 respecto del internamiento preventivo o de seguridad).

- 59** La concepción aquí defendida, según la cual pena y medida tienen el mismo fin y se distinguen en el tipo de su delimitación, significa un acercamiento a la vía única. Pues, según ello, las sanciones del StGB están establecidas en cuanto a su fin en una vía única y sólo en su delimitación transcurren por dos vías distintas. En cambio la teoría de la retribución expresa una marcada forma de doble vía, en cuanto para ella se distinguen claramente pena y medidas tanto según su fin como según sus límites: para ella la pena mira retrospectivamente al hecho cometido y se orienta a la culpabilidad, mientras que la medida mira hacia el futuro y sólo se fija en la futura peligrosidad. Pero, como tal entendimiento de la pena ya no es posible hoy, puesto que también la pena persigue fines preventivos (nm. 36 ss.), la expresión acertada para nuestro entendimiento diferente de la pena es un sistema de sanciones que se encuentra entre la doble y la única vía.
- 60** Tampoco sirve de ayuda construir una distinción esencial entre pena y medida de tal manera que en el castigo se vea una desaprobación éticosocial, que no debe ser inherente a la imposición de una medida ⁵⁰. Pues no se comprende por qué, p.ej., en una “embriaguez en el tráfico” (§ 316) debe expresarse la reprobación social solamente en el castigo y, sin embargo, no en la consiguiente “retirada del permiso de conducir” (§ 69). Algo similar rige para el internamiento o custodia de seguridad, inhabilitación profesional, etc.: la comunidad y el propio autor considerarán con razón la imposición de tales medidas como expresión de un fallo frente a la sociedad particularmente grave, y en casos de responsabilidad también reprochable, de modo que la tesis de que la desaprobación sólo se hace valer mediante la pena, contradice la realidad de la vida y lleva dentro de sí distinciones que no le son inherentes.
- 61** La tesis de una vía única en los fines de penas y medidas se confirma por parte de la ley mediante la institución del llamado “sistema vicarial” ⁵¹. Según

⁵⁰ Así p.ej. Bockelmann/Volk, AT⁴, § 43 I 1.

⁵¹ Lat. *vicarius* = el que sustituye, el que hace las veces. “*Vikariieren*” significa, por tanto, “sustituirse recíprocamente”.

el § 67, en caso de imposición simultánea de una pena privativa de libertad y una medida también privativa de libertad, el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) y en un centro de desintoxicación (§ 64) por regla general es ejecutado antes de la pena y computado a efectos de la misma, de modo que en numerosos casos ya no necesita ser cumplida una pena en un establecimiento penitenciario. Ciertamente también puede cumplirse la pena antes que la medida, “cuando el fin de la medida” se consiga así con más facilidad (§ 67 II). Esta intercambiabilidad discrecional de pena y medida, que se orienta sólo a la dimensión de la efectividad preventiva, prueba indiscutiblemente que el legislador ve el fin de ambas consecuencias jurídicas en la prevención y que sólo utiliza como baremo para su aplicación la eficacia al servicio de la prevención de delitos. De todas formas, el internamiento o custodia de seguridad, puesto que no es mencionado en el § 67, siempre hay que cumplirlo después de la pena, pero también esto tiene un fundamento preventivo: como la medida según el § 66 persigue un mero aseguramiento mediante el internamiento, es más pertinente cumplir primero la pena, que debe ser concebida de forma resocializadora y que puede hacer superfluo, en su caso, el posterior internamiento o custodia de seguridad, a tenor del § 67 c I.

Puede plantearse la pregunta de si la amplia fungibilidad de pena y medida **62** no sugiere el total paso hacia la vía única y, con ello, la renuncia a la pena. Esta pretensión ha sido puesta de manifiesto una y otra vez en las reformas y parcialmente llevada a cabo en el extranjero (Suecia, Inglaterra, Bélgica, Grecia)⁵². No obstante, es preferible el sistema realizado en la República Federal, que mantiene en pie la doble vía en la limitación de la pena. Pues, según ello, la pena constituye por su vínculo con la culpabilidad, en comparación con la medida, la intervención menor en la libertad del ciudadano. El mantenimiento de la pena significa que el legislador, por regla general, sólo piensa realizar su interés preventivo en el marco trazado por la culpabilidad por el hecho y que, en atención a la libertad de los ciudadanos, también admite meras preventivas, que pueden producirse cuando la medida de culpabilidad pone un límite a la duración de la sanción. Solamente en casos excepcionales de una puesta en peligro de la comunidad especialmente consistente puede saltarse este límite mediante la imposición de una medida. Si, mediante la abolición de la pena, se elevara esta excepción a la categoría de ley de validez general, ello supondría renunciar a una parte importante de liberalidad y dar un paso más hacia el Estado de bienestar total, que no parece deseable políticamente.

⁵² Más detalladamente Jescheck, AT⁴, § 9 II 3.

III. ¿La reparación como tercera vía del Derecho penal?

Bibliografía: Seelmann, Strafzwecke und Wiedergutmachung, Zeitschrift für evangelische Ethik, 1981, 44; Ostendorf, Alternativen zur strafverurteilenden Konfliktverleugung, ZRP 1983, 302; Rössner/Wulf, Opferbezogene Strafrechtspflege, 1984; Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: Schöch (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 37; Frehsee, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; Schneider, Wiedergutmachung und Strafe, Universitas 1988, 1151; Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989; Eser y otros (eds.), Wiedergutmachung im Strafrecht einschl. Rechtsstellung und Entschädigung des Verletzten im Strafverfahren, 1989; Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989; Eser/Kaiser/Madlener (eds.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990; Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich und Kriminalitätsverhütung, en: Frank/Harrer (eds.), Der Sachverständige im Strafrecht/Kriminalitätsverhütung, Forensia-Jahrbuch, t. 1, 1990, 164; Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990), 534; Schreckling y otros, Bestandsaufnahme zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland, 1991; Dölling, Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493; Kinkel, Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung, BewHi 1992, 300; Pfeiffer, Täter-Opfer-Ausgleich etc., ZRP 1992, 338; Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich in der Justizpraxis, en: Jehle (ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, 309; Rössner, Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung?, NSiZ 1992, 409; Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem, Baumann-FS, 1992, 243; Schmidt-Hieber, Ausgleich statt Geldstrafe, NJW 1992, 2001; Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? (Gutachten), en: Verhandlungen des 59. DJT, Hannover 1992, t. I, Parte C; Sitzungsberichte, en: Verhandlungen des 59. DJT Hannover, 1992, t. II, Parte O; Walter/Schuldzinski, Der Täter-Opfer-Ausgleich etc., StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 559; P. A. Albrecht, Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz - zehn Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich, Schüler-Springorum-FS, 1993, 81; Bannenberg, Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis, 1993; Baumann, Zur Repersonalisierung des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 41; Brauneck, Trennendes und verbindendes Denken, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 417; Hering/Rössner (eds.), Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht, 1993; Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, en: Jur. Studiengesellschaft Regensburg (ed.), 25 Jahre Rechtsentwicklung etc., 1993, 35; Kley-Struller, Wiedergutmachung im Strafrecht, 1993; Lampe, Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?, GA 1993, 485; Pfeiffer, Opferperspektiven - Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung, Schüler-Springorum-FS, 1993, 53; Roxin, Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, Lerche-FS, 1993, 301.

- 63 En los últimos años se discute vivamente la cuestión y se estudia en proyectos modelo si la reparación del daño, como sanción novedosa frente a las penas y a las medidas, puede dar lugar a una "tercera vía" del Derecho penal⁵³. Ya el Derecho vigente contiene planteamientos para una integración de la reparación del daño en el Derecho penal (§§ 56 b, 57 III, 57 a III, 59 a II, 46 II; en la JGG §§ 15, 45, 47); sin embargo en la praxis todavía se utiliza poco. En cambio, hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve

⁵³ Críticamente frente a la "tercera vía" y a una inclusión amplia de la reparación del daño en el Derecho penal Hirsch, ZStW 102 (1990), 534 (anticrítica en Roxin, Baumann-FS, 1992, 243). En contra opina Lüderssen, 1989, 38, "que como legítimo sólo queda aquel fundamento para el Derecho penal público que ve en el mismo una protección generalizadora de la víctima"; conforme a ello (p. 60) debe "tratarse tan sólo de compensación y resocialización". Documentan ampliamente la discusión internacional Eser/Kaiser/Madlener (eds.), 1990; también aquí quedan claras las diversas posiciones en los informes de síntesis de Roxin (p. 367) y Hirsch (p. 377).

más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El Proyecto Alternativo de reparación del daño (1992) presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídicopenal de sanciones ^{53a}.

La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídicocivil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (nm. 27), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada —a menudo incluso independientemente de un castigo— la perturbación social originada por el delito.

La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una “tercera vía” de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad (cfr. § 2, nm. 28 ss.). Así como la medida sustituye o completa la pena como “segunda vía” donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no

^{53a} Afirmativo en lo fundamental Dölling, JZ 1992, 493; Rössner, NStZ 1992, 409; Schmidt-Hieber, NJW 1992, 2001; Roxin, Lerche-FS, 1993, 301; críticamente en contra Lampe, GA 1993, 485; Loos, ZRP 1993, 51. Hirsch, 1993, 35, 41 ss., rechaza el Proyecto Alternativo como “concepto resignación” con “rasgos abolicionistas”. Sin embargo, una propuesta socialmente constructiva de esta índole no tiene que ver nada con resignación; y no se puede hablar de abolicionismo, puesto que el tener en cuenta la reparación del daño tiene lugar en el marco del sistema jurídicopenal de sanciones. También las LIX Jornadas de Juristas Alemanes (DJT) de 1992, dedicadas a “las sanciones penales sin privación de libertad”, se han ocupado de la reparación del daño y han defendido su mayor implicación en el Derecho penal, aunque sin cambios legales; pero de momento proponiendo sólo que se agoten mejor las posibilidades del Derecho vigente; cfr. el informe de Schöch, 1992, t. I, Parte C, así como, sobre el desarrollo de las jornadas y las conclusiones: Sitzungsberichte, 1992, t. II, Parte O.

puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivos especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como “tercera vía” a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. Ciertamente todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podrá hablar de un Derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual ⁵⁴.

⁵⁴ Un impulso en esta dirección podría proporcionarlo el “Proceso de conciliación para el arreglo extrajudicial de una causa penal”, vigente en los nuevos Estados de la República Federal tras el Tratado de Unificación (§§ 40 ss. de la Ley sobre las comisiones de arbitraje en los municipios, de 13-9-1990), que pretende alcanzar el restablecimiento de la paz social y el arreglo-autor-víctima por medio de la aceptación voluntaria de obligaciones por parte del autor y que, tras su satisfacción, prevé un sobreseimiento por la fiscalía (cfr. §§ 43, 45 Ley cit.). En ello se apoya actualmente una propuesta de un “proceso en materia de infracciones”, que estaría entre el procedimiento de la multa administrativa y el proceso penal, para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (Lampe, 1993).