

Naucke-Hassemer-Lüderssen

PRINCIPALES  
PROBLEMAS DE LA  
PREVENCIÓN GENERAL

*Maestros del Derecho Penal*

Director: Gonzalo D. Fernández - Coordinador: Gustavo E. Aboso

14

editorial  
IB de f  
Montevideo - Buenos Aires



**PRINCIPALES PROBLEMAS  
DE LA PREVENCIÓN GENERAL**



WOLFGANG NAUCKE  
WINFRIED HASSEMER  
KLAUS LÜDERSSEN

PRINCIPALES  
PROBLEMAS DE LA  
PREVENCIÓN GENERAL

Traducción por el *Dr. Gustavo Eduardo Aboso*  
y la *Prof. Tea Low*



2004

*Julio César Faira - Editor*

Titulo original alemán: Hauptprobleme der Generalprävention. Edición de Alfred Metzner Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1979.

I.S.B.N.: 9974-578-41-8

Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 14 Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso, profesor de Derecho Penal, Parte General, en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, República Argentina.

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000), tel.: 916-6521 y telefax: 916-5238

e-mail: [bdef@netgate.com.uy](mailto:bdef@netgate.com.uy)

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP), tel.:4523-6225

Tucumán 1484, 9° "C" (C1050AAD),

Tel.: 4371-7936 y telefax: 4371-7510

e-mail: [euros@ciudad.com.ar](mailto:euros@ciudad.com.ar)

*Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.*

Impreso en la Argentina, en el mes de noviembre de 2004 por: *Su Gráfica*, Basabilvaso 950. Tel.: 4247-1268 (Lanús Este) República Argentina.

## ÍNDICE

PRÓLOGO POR EDGARDO ALBERTO DONNA .....	9
INTRODUCCIÓN .....	13
PREVENCIÓN GENERAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	
WOLFGANG NAUCKE .....	15
PREVENCIÓN GENERAL Y APLICACIÓN DE LA PENA	
WINFRIED HASSEMER .....	45
LA FUNCIÓN PREVENTIVO-GENERAL DEL SISTEMA DEL DELITO	
KLAUS LÚDERSSEN .....	83





## PRÓLOGO

Cuando con Gustavo Aboso decidimos sacar esta obra de la biblioteca del Instituto de Derecho Penal, para que se tradujera y posteriormente se publicara, teníamos algu\*nas ideas bastante claras. Y es sobre ellas que pretendo informar en este prólogo.

Los trabajos que se publican pertenecen a tres prestigiosos profesores de la denominada Escuela de Frankfurt, tan importante como poco conocida en nuestro país, por razones - creo yo- más comerciales que ideológicas. Se ha preferido publicar obras de autores más conocidos en América del Sur que hacen más segura la venta del libro.

Creo oportuno explicar qué se entiende por la Escuela de Frankfurt, y para ello tomo las ideas del profesor HASSEMER, para quien son dos las particularidades que tiene dicha Escuela al encarar la ciencia del Derecho<sup>1</sup>.

La primera es la integración del derecho penal con otros conocimientos, como ser la historia, la teoría del derecho, la psicología, el psicoanálisis y las ciencias sociales. Y la segunda idea y cito textual: "es la profunda convicción de que se ha de ser extremadamente cauteloso con la política interior que se efectúa a través de los instrumentos penales. Forman parte de nuestras tradi-

<sup>1</sup> HASSEMER Winfried, "Prólogo" al libro *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 12.

ciones científicas principios como que el derecho penal debe considerarse la *ultima ratio*, que ha de preservar su carácter fragmentario y que otros ámbitos jurídicos deben utilizarse conjuntamente con el derecho penal para la protección de bienes jurídicos"<sup>2</sup>.

En este punto debo agregar que cuando se hace referencia a las tradiciones científicas, una de ellas es la Ilustración. Cuando el derecho penal se aparta de las ideas claves de la Ilustración, termina en el camino peligroso de la intolerancia y de la persecución del más débil, ya que el derecho penal se basa solamente en las ideas de la prevención, ya sea especial o general. Poco vale adornarlas con distintos nombres. La prevención utiliza al hombre como medio y eso no fue aceptado por el pensamiento de la Ilustración.

Hoy en día domina la idea de la prevención, del uso del hombre como medio, entonces, no sorprende que las palabras lleven también ese signo: el uso de algunos términos que se acuñaron hace tiempo y que hoy renacen, como el "enemigo del derecho", "la tolerancia cero", "la eliminación de los grupos marginales, por peligrosos", entre otros, comienzan a ser palabras normales y ése es el problema. Y es el problema, porque a la mayoría de la población le parece normal esa terminología.

De allí la importancia de este libro, que fue editado en el idioma original en 1979, y que el lector que utiliza bibliografía alemana encontrará citado en la principales obras sobre el tema.

Breves palabras sobre cada uno de los autores. Todos ellos son profesores en el Institut für Kriminalwissenschaften, Johan Wolfgang Goethe- Universität Frankfurt a.m.

El profesor Dr. Winfried HASSEMER ocupó las cátedras de Teoría del Derecho, Sociología, Derecho Penal y De-

<sup>2</sup> HASSEMER, ob. cit., p. 12.

recho Procesal Penal. El profesor Klaus LÜDERSSEN ocupó las cátedras de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho. Y el profesor Wolfgang NAUCKE también fue catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología y Filosofía del Derecho.

Por último, sería interesante la lectura de este libro, no sólo en los ámbitos académicos sino también en los del Estado, con el fin de que se entienda de una vez que no es el derecho penal un instrumento de cambio y menos para hacer felices a las personas. Para esas dos cosas, está la política, para una, y quizás la psicología para la otra.

Profesor Dr. EDGARDO ALBERTO DONNA  
Invierno de 2004



## INTRODUCCIÓN

Los presentes textos publicados deben su aparición a la iniciativa de colegas italianos. Ellos tratan de las colaboraciones alemanas al congreso sobre "Teoría e Prassi della Prevenzione «genérale» dei Reati" organizado por Alberto Crespi, Mario Romano y Federico Stella en marzo de este año [1979] en el Centro Studi e Ricerche di Diritto Pénale e Criminología de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán. Los discursos fueron elaborados independientemente, pero se vinculan entre sí y se muestran básicamente como una división de trabajo menos planificada, aunque al mismo tiempo organizada biográficamente. Los puntos esenciales fueron discutidos en el seminario semanal integrado por colegas y colaboradores del derecho penal de Frankfurt.

El primer texto pertenece a Wolfgang NAUCKE y se ocupa de delimitar un marco normativo, más allá del cual una prevención general no está autorizada, aun cuando ella podría tener sentido bajo el punto de vista de una efectividad empíricamente comprobable. Acá se trata de los problemas de legitimación teniendo en cuenta los derechos fundamentales de la persona.

El segundo texto es de Winfried HASSEMER, quien invierte esta cuestión y la sintetiza al mismo tiempo. Se examina qué es lo que puede influenciar esta conducta sancionadora entendida presuntamente como preventivo general. El resultado es que actualmente existen reacciones que permanentemente carecen de funciones y por lo tanto, en el caso de la aplicación de la pena, son

evitables y podrían imponerse -si se tiene en cuenta para ello una orientación valorativa de la legitimación para la prevención general-.

El tercer texto, de Klaus LÜDERSSEN, es el intento de aportar una seguridad para los controvertidos círculos normativos de legitimación y la confirmación empíricamente comprobable (para el precio de una delimitación sobre una específica concepción).

Los autores están conscientes del carácter fragmentario de su emprendimiento, pero opinan que la presentación conjunta del proceso de desarrollo de una posible teoría y práctica de la prevención general consistente es preferible a la publicación diseminada en revistas especializadas.

La totalidad de los discursos realizados durante el congreso están previstos para su publicación en la *Ius-Revista di Scienze Giuridiche*. Los autores agradecen el amable permiso para la publicación por separado. Ellos han aceptado con gratitud las propuestas sugeridas por los colegas Johannes Andenaes (Oslo), Ferrando Manto-vani (Florenxia), Mario Romano y Federico Stella (Milán). Esto es válido también para las innumerables contribuciones de discusión, en particular a Luigi Lombar-dis por la impresionante sistematización del material aportado.

Frankfurt am Main, julio de 1979

WINFRIED HASSEMER  
KLAUS LÜDERSSEN  
WOLFGANG NAUCKE

# PREVENCIÓN GENERAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Por WOLFGANG NAUCKE

## I

"El derecho penal de la prevención es el moderno derecho penal racional". Semejante frase cuenta con una amplia aceptación en la legislación, la aplicación de la ley y la ciencia de muchos países europeos. Con la palabra "prevención" quiere designarse la prevención general (la posible influencia sobre el autor) y la prevención especial (la corrección y el aseguramiento de los eventuales autores). Existe un amplio consenso sobre el contenido de las mencionadas frases; únicamente es necesario ampliar la investigación de los problemas empíricos. ¿Cuáles disposiciones normativas de la legislación y de la aplicación del derecho tienen que estar presentes o deberían crearse, para que las prevenciones general y especial puedan ser alcanzadas de un modo comprobable? Semejantes interrogantes son válidos únicamente en los puntos cruciales de la formación de la teoría y del trabajo práctico en la ciencia.

La investigación de las condiciones bajo las cuales la prevención puede ser alcanzada conduce a que sean considerados de modo distinto el significado de la prevención general y el de la especial en la legislación, en los procesos de aplicación y ejecución de la pena. Mediante la amenaza penal, junto al inicio de un proceso

penal -según reza la opinión actual- se logra tanto más prevención general, como más prevención especial mediante la aplicación y la ejecución de la pena.

Lo dicho no tiene ningún peso, según los conceptos de la filosofía política (¿puede el Estado, con la finalidad de la prevención, amenazar mediante una pena y ejecutarla?), salvo de acuerdo con los conceptos del efecto real (¿cómo puede hacerse efectiva la prevención?).

En estos años se comprobó, además, una predisposición favorable en los prodecimientos legislativos y en algunos sectores del proceso penal hacia la prevención general, incluso en general como finalidad de la prevención especial de la pena. El tema de este Congreso dará lugar para entender estas predisposiciones como su justificación<sup>1</sup>.

Pero también esta predisposición no se aclara desde una discusión principal sobre la competencia del derecho penal estatal para las distintas formas de la prevención. La predisposición de la prevención general posibilita en todo caso en el debate científico un amplio margen a costa de la prevención especial, lo que resulta de las investigaciones empíricas de las cuales creo estar cada vez más convencido. Estos resultados fundamentan las dudas sobre la efectividad del derecho penal orientado a una decisiva prevención especial<sup>2</sup> y refuerzan la esperanza de poder proyectar un efectivo derecho penal preventivo general<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Este texto fue objeto de exposición en el Congreso sobre "Teoría y Práctica de la Prevención General" celebrado en marzo de 1979 en Mailand; comparar las indicaciones dadas en la introducción.

<sup>2</sup> Una síntesis sobre la nueva literatura y una ganada valoración de esta literatura en G. KAISER, *Gedächtnisschrift jur. H. Schröder*, 1978, en particular, p. 499.

<sup>3</sup> Una minuciosa evaluación de esta literatura en HASSEMER, *Prevención general y aplicación de la pena* (párrafos II y III, en ese tomo) y en LODERSEN, *Festschrift Jür Bockelmann*, 1979, ps. 194 y ss.



## II

En esta estructura del derecho penal preventivo, en su poderoso momento legislativo y científico<sup>4</sup>, aparenta no tener un lugar preponderante la cuestión sobre la relación de la prevención, tampoco la prevención general, y los derechos fundamentales de la persona, es decir los derechos humanos. Comparando esto con el moderno hábito teórico del actual derecho penal preventivo, la cuestión de la relación entre los derechos humanos y el derecho penal preventivo es más sencilla; la cuestión del aspecto humanitario de semejante derecho penal es una simplicidad no actual. La cuestión no tiene una categoría teórica, más bien suena similar a un derecho natural ya superado y a una política sentimentalista. Respecto de este interrogante se comienza a olvidar la tradición de la filosofía política que la ha generado, como una cuestión jurídica<sup>5</sup>.

En los textos constitucionales especializados se la analiza con mayor precisión. La Constitución de la República italiana "reconoce y asegura los inviolables derechos humanos como 'principios básicos'" (art. 2<sup>o</sup>). "Las penas no deben consistir en tratamientos que sean contrarios a los sentimientos humanitarios..." (art. 27)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sencillos ejemplos: *The Economics of Crime and Punishment*, editado por American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1973, parte 2 (ps. 65 y ss.): *Does Punishment Deter?*

<sup>5</sup> Muy claro como en su ámbito de origen es esta tradición mantenida en la doctrina angloamericana, escandinava e italiana, incluso hasta en uso idiomático -*Generalpravention als ein Problem der "Ethik" oder der "Moral" des Strafens*-; ver, por ejemplo, ZIMRING, *Perspectives on Deterrence*, 1971, ps. 20 y ss.; ZIMRING und HAWKINS, *Deterrence*, 1973, ps. 32 y ss.; sobre el tema bajo la cita de ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974, ps. 129 y ss.; DOLCINI, *La Commisurazione della Pena*, 1979, ps. 108 y ss.

<sup>6</sup> Ver minuciosamente DOLCINI, ob. cit., ps. 93 y ss., 108 y ss., 219 y ss.

En las disposiciones sobre "las relaciones ético-sociales", la legislación italiana obliga "en ningún caso a lesionar la observancia de los límites legales impuestos por la persona humana (art. 32). La Ley Fundamental de la República Federal Alemana contiene, en el marco del catálogo de los derechos humanos de la persona, la siguiente prescripción: "La dignidad del hombre es inviolable" (art. Iº, párrafo primero, p. 1). Idéntica expresión se encuentra en el Preámbulo y en los artículos de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. A esta Convención se adhirieron Italia y la República Federal Alemana a las formas previstas para el caso.

Estos textos constitucionales acreditan una interpretación tradicionalmente rica de la filosofía política centroeuropea: un fin que únicamente se proyecta hacia una única meta, aunque sea la prevención del delito, es inhumano. Pero la indicación de esa conexión entre los textos constitucionales y el derecho penal preventivo provoca, en los actuales estudiantes de derecho, bastante asombro, y en la doctrina y en la praxis provocan posiblemente cierta desazón. El clima político y científico de los cuales provienen estos textos constitucionales y sus intenciones políticas y político-criminales parecen estar muy distanciados. Posiblemente se haya olvidado que hasta el comienzo del movimiento de reforma del derecho penal -que tuvo lugar a mediados de los 60 de este siglo- la relación entre la dignidad humana y la pena preventiva tenía validez como tema con un amplio alcance práctico. En la República Federal Alemana, por ejemplo, no les resultó sencillo a los tribunales superar la interpretación de la doctrina<sup>7</sup>, según la cual las

<sup>7</sup> En lo fundamental permanece hasta nuestros días: BADURA, *Generálpravention und Würde des Menschen*, en JZ (= Juristenzeitung), 1964, ps. 338 y ss.; comparar de igual manera STREE, *Delikts-*

penas preventivo-generales están en contra de la dignidad humana tutelada por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana<sup>8</sup>.

Cuando en relación con la recapitación de la prosecución de la reforma del derecho penal aparezca meramente el tema "prevención general y dignidad humana", esto puede valorarse como una señal de que el tema jugó un papel insignificante en la reforma penal entre 1964 y 19759.

Como corroboración de esto, se hace el intento de alinear las interpretaciones, las que han determinado el problema del "derecho penal de la prevención y derechos básicos de las personas" para la nueva historia del derecho penal. Al mismo tiempo, deben hacerse manifiesto los puntos más importantes que contiene el problema.

### III

1. La filosofía política de la Ilustración, gracias a la obra *Dei delitti e delle pene* (1764), brillantemente aplicada al derecho penal, contempla la justificación y el efecto de la pena únicamente en sus consecuencias útiles para la persona. La pena está al servicio de la finalidad humana. Estas finalidades son mundanas, a la par que racionales en sus propósitos. La corriente contra un "metafísico" derecho penal basado religiosamente y por encima de las disposiciones de finalidades humanas es severamente criticado. Esta postura se transforma des-

*folgen und Grundgesetz*, 1960, ps. 38 y ss., 45 y ss.; WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, ps. 163 y ss.

<sup>8</sup> Ver, BayObLG en: JZ 1968, p. 388 con nota de GEERDS; BGHSt. 6, ps. 126 y ss.

<sup>9</sup> Importante para esto el resumen del problema en DOLCINI, *La Commisurazione della Pena*, 1979, ps. 108 y ss., 219 y siguientes.

de ese momento en un fundamento para la apertura del derecho penal. La renuncia a la retribución en favor de la prevención se transforma en su principal línea de desarrollo en el derecho penal (como también en el derecho de la pena y en el derecho de las contravenciones). La inseguridad surge en el siglo xviii con el interrogante sobre cuáles son los fines terrenales a cuya disposición el derecho penal coloca su poder. Esta aclaración, por sí misma, puede considerarse como mínima para este problema. Ella está fuertemente convencida de que el camino hacia el derecho penal recorre un cauce racional que para él no es otra cosa que una contribución para la protección de los más trascendentales bienes jurídicos del hombre. Principalmente el orden comunitario, la vida y los bienes de la persona son los ejemplos que siempre vuelven a aparecer para la protección de los bienes jurídicos más importantes mediante el derecho penal preventivo. El derecho penal protege los bienes a través de la intimidación de eventuales autores: a los que son educables, los educa; y a los reales autores que no lo son, les impide la posibilidad de seguir cometiendo hechos punibles.

El interrogante que se presenta es si cualquier otro bien jurídico que se impone (por ej., la pureza del sentimiento político, la unidad social y la predominancia de una raza) *debe* llegar al goce de la protección del derecho penal preventivo, extremo que no requiere mayor explicación. La protección de los bienes jurídicos -informada y consciente, el monarca, el rey, el legislador, el poderoso en general- es la condición, sin lugar a dudas, de toda interpretación del derecho penal. Esta disposición sucumbe al final del siglo xviii. Con esto ingresa, en el derecho penal preventivamente orientado e instalado, un nuevo problema para la Ilustración; todavía no propiamente en la Ilustración, pero sí inmediatamente después, que es no sólo la cuestión de las finalidades del

derecho penal, sino también el problema de cuáles actos, omisiones, condiciones, desarrollos y comportamientos podrían ser comprendidos para ser castigados como modos finales. En el instante en el que el orientado derecho penal es criticado con el argumento de que contradice los derechos fundamentales del hombre, esta crítica no comprende únicamente a los medios penales, sino también a las prescripciones de la punición.

La Ilustración por sí misma descubre la dificultad de limitar los medios preventivos en un derecho penal dependiente de los fines. En el racional derecho penal, el que marca para la Ilustración tiempos nuevos, la finalidad del derecho penal determina sus medios. Quien puede disponer sobre las finalidades, dispone de sus medios. La frase tiene su efecto favorable en el derecho penal, mientras que ayude a excluir la inconsecuente crueldad y la ausencia de humanidad. Pero, ¿qué resta decir cuando la crueldad de la pena promete reacciones orientadas? ¿Puede el autor penal, temer siempre nuevas lesiones contra importantes bienes jurídicos, ser inocuizado, es decir -si otro método no sirve- ser muerto, siempre y cuando la forma de homicidio no supere la finalidad de la muerte? En la Ilustración la respuesta es afirmativa<sup>10</sup>, por un lado, y negativa, por el otro. La respuesta "negativa" es siempre más difícil de fundamentar. En la tentativa de BECCARIA<sup>11</sup> se observa esto claramente. La pena de muerte no es útil, dice BECCARIA, y con esto queda en el marco de los lincamientos argumentativos de la Ilustración. Previo a que lo mencione y formule este argumento -hoy en día empíricamente ca-tegorizado- ya se estableció como fundamento en otros

<sup>10</sup> ROUSSEAU, *Der Gesellschaftsvertrag*, 2. Buch, 5. Kapitel: "Cuando se deja sufrir la muerte al culpable, así él muere... como enemigo.

<sup>11</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII (edición de 1766).

ámbitos. La muerte mediante una pena no es compatible con la posición del ciudadano. Lo que acá surge crea una única posición penal en la ineficaz y casi intencional fundamentación, se concreta en la fuente de un sistema de objeciones contra la finalidad predominante del derecho penal en sí. Acá está, en el siglo xix el inicio de la cuestión sobre la relación entre prevención y derechos humanos de la persona. En este comienzo puede observarse un claro fracaso argumentativo. El derecho penal de la prevención general y de la especial tiene una estable fundamentación positiva a partir de los fines predispuestos. La ventaja que aparece es apenas alcanzable. Los derechos fundamentales de la persona o los derechos del ciudadano, por el contrario, no fundamentan un derecho penal. Estos derechos fundamentales posibilitan únicamente la formulación de cláusulas y la obligación del derecho penal de la prevención de recapacitar sobre la defensa o la resignación de ciertos puntos.

Pero este control del derecho penal preventivo no alcanza todavía la dignidad de la pena, es decir la declaración de un comportamiento como punible, sino que alcanza únicamente las penas, vale decir los medios que son impuestos contra un comportamiento juzgado punible.

2. KANT logra determinar una remozada línea argumentativa para la teoría del derecho penal, invirtiendo las fronteras alcanzadas por la argumentación y así impulsa a la defensa del derecho penal de la prevención. KANT formula a fines del siglo xvm el problema general de la relación entre el derecho penal de la prevención y los derechos humanos de las personas para los siglos xixy-xx: "pena judicial (...) no puede ser jamás el medio para proteger otro bien, para el mismo delincuente o para la sociedad civil, sino que debe ser impuesta en cada momento a él, por haber delinquido, puesto que el ser

humano no puede ser utilizado como un medio para las intenciones de otro y ser mezclado entre los objetos del derecho objetivo, su personalidad natural lo protege de esto (...). La justicia deja de ser justicia cuando claudica por cualquier precio (...). Él (el delincuente) tiene que haber sido hallado culpable antes de que se piense en obtener algunos beneficios de esta pena para él o para sus conciudadanos"<sup>12</sup>.

En estas frases es extraordinariamente importante no sólo el hecho de que se refieren a las penas, sino también al derecho en general (a las disposiciones sancionadoras y a las consecuencias jurídicas). Ellas nos brindan una absoluta fundamentación del derecho penal libre de fines (no sólo de las penas). Desde el punto de vista de la utilidad, el proyecto de derecho penal está desacreditado. Desde el punto de vista político esto se comprende como consecuencia, de que la lógica y la clara limitación de un derecho penal de fines en las disposiciones y en las consecuencias ha fracasado y siempre habrá de fracasar. El optimismo de la Ilustración, basado en el derecho penal fundado en su utilidad, lo que no podría traer aparejado otra cosa que beneficiosos progresos, ha desaparecido.

Lógicamente, los textos de KANT conceden que los tratamientos político-criminales del derecho penal queden bajo la consigna de las metas de la finalidad.

La amplitud y terquedad con la que KANT fundamenta que el derecho (y el derecho penal) no son instrumentos al servicio de mutables finalidades sociales, son sólo entendibles como una reacción contra la realidad de que el pensamiento político en sus variables finalidades se apodere realmente del derecho penal y que éste se subordine a aquél. KANT no logra con esto que el proyec-

<sup>12</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, Rechtslehre, II. Teil, 1. Abschnitt, allgemeine Anmerkung E=Ausgabe Meiner, ps. 158 y ss.

to de derecho penal se concilie a partir de sus finalidades. Pero, sin embargo, KANT consigue que el derecho penal de fines no pueda ser proyectado como un derecho penal justo. Políticamente es posible únicamente un derecho penal preventivo, el que tiene posibilidades de éxito de mantenerse de modo fáctico, porque ello se corresponde a una larga e influyente línea de desarrollo político que se inició en la Ilustración. Pero, desde KANT, se subordina semejante derecho penal, en todos sus aspectos, a la objeción de la dignidad de la persona y pasa a ser, de esta forma, un derecho penal de fines (pero no justo). La exégesis de KANT y sus formulaciones son -hasta su ingreso en fórmulas idiomáticas- la fuente de los textos constitucionales citados al principio de este discurso. El interrogante sobre la relación entre derecho penal de la prevención y los derechos fundamentales del hombre -considerados a partir de los inicios de esta cuestión- es contestado claramente: únicamente un preventivo-general o preventivo-especial derecho penal es políticamente aproximado, pero principalmente dudoso. Semejante derecho penal es un derecho con una clara y disminuida garantía de legalidad.

3. Al comienzo del siglo xix, FEUERBACH realiza un muy considerado intento de conservar la legalidad del derecho penal sin tener que resignar la fascinante idea de los conceptos de cambiantes finalidades. La teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH realiza, al mismo tiempo, una diferenciación entre las penas preventivo-generales y preventivo-especiales en la discusión de la legitimidad de la pena, de la dignidad humana en los fines de la pena. Contra la Ilustración y el consenso con determinadas formulaciones de Kant, FEUERBACH deduce que la pena podría ser sólo una reacción frente a la injusticia del hecho. La prevención especial mediante la pena como reacción aseguradora o educativa sobre el



autor no constituye un deber del Estado. La prevención especial deshonra al individuo y lo convierte en un medio para las finalidades de terceros<sup>13</sup>. Muy próxima a esta interpretación se encuentra la imposibilidad de fundamentar la legalidad de una pena preventivo general. Pero FEUERBACH se muestra más partidario de la Ilustración que kantiano y más moderno que el propio Kant. Él considera la inevitabilidad política del pensamiento de los fines en el derecho, o quizás no quiere prescindir de las posibilidades jurídicas que se hallan en el seno de esta forma de pensar. FEUERBACH está convencido que una pena debe tener una finalidad<sup>14</sup>. Esta finalidad no podría contradecir la exigencia de un trato digno para la persona por parte del derecho penal que no la considera ahora como un objeto. FEUERBACH considera a estas condiciones realizadas en una prevención general que se limita a un ámbito de la amenaza de la pena. Esta amenaza de la pena tendría y debería ser presentada de una manera preventivo general y corrientemente intimidante. La amenaza de la pena para la intimidación no lesiona el derecho de nadie y no convierte a nadie en un objeto y no deshonra a nadie. Si se comete el hecho penal, entonces el castigo real sería desarrollado únicamente bajo una legalidad libre de fines<sup>15</sup>.

FEUERBACH se remite al punto de vista anterior al de Kant, según el cual el derecho penal podría y debería estar basado en la utilidad para otro ser humano, y los derechos fundamentales de la persona tienen sólo una influencia controladora para la organización práctica del fin de la pena. Distinto de la Ilustración, el control es un principio más abarcador. Se llega a una división forzada entre el derecho penal de fines preventivos por las du-

<sup>13</sup> FEUERBACH, *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe despositiven peinlichen Rechts*, Teil I, 1799, ps. 78 y ss.

<sup>14</sup> FEUERBACH, ob. cit. (nota 13), p. 38.

<sup>15</sup> ídem (nota 13), ps. 60 y ss.

das surgidas en la autorización de la prevención a partir de la idea de los derechos fundamentales de la persona. Pero también se concluye -de modo distinto al de la Ilustración- en una separación profunda de los ámbitos, en donde pueden realizarse las exigencias del derecho penal de fines preventivos y las exigencias del derecho penal humanitario. La amenaza de pena es comprobada en FEUERBACH como dominio de la prevención: la prevención general. En esta postura, esto lo subraya enérgicamente este autor para el tiempo futuro, el derecho penal no escapa a la presión de tener fines.

En el interrogante ¿qué es lo que tiene que entenderse por pena?, se va colando el pensamiento de la prevención general y en este lugar se impone. En esta cuestión FEUERBACH es más práctico y más correcto que Kant. Ante el interrogante: ¿qué es lo que hay que ubicar bajo la pena? KANT responde con la apreciación: sólo graves comportamientos violentos contra la persona, es decir, sólo graves ataques contra la libertad de otro ciudadano<sup>16</sup>. Para el caso de que esta apreciación sea real, se desmorona la justa y final amenaza de pena. Para el caso de que la apreciación no sea concluyente -y de este supuesto debe haber partido el jurista FEUERBACH a comienzo del siglo xix- contiene sólo un cambio al interrogante sobre la relación entre prevención general y los derechos fundamentales de la persona. Esta cuestión fue suspendida para la amenaza de pena y sólo quedó permitida para la realización de leyes penales en el proceso penal y en la ejecución de la pena. El interrogante sobre la relación entre la prevención general y los derechos fundamentales del hombre gana en significado en un inmediato y comprobable terreno.

<sup>16</sup> Ver la comprobación en NAUCKE, *Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant*, Schleswig - Holsteinische - Anzeigen, 1964, ps. 203 y ss.

Una influencia política práctica ante todo lo que abarca el derecho penal, determinada por el ordenamiento penal, ya no necesita ser discutida. Sin embargo, esta influencia tenía para la Ilustración una orientación hacia la razonabilidad del derecho penal (es decir, hacia la racionalidad del alcance de la protección penal de bienes jurídicos) y que KANT había sintetizado en la frase: "Nadie debería ser simplemente castigado para provecho de otro".

Con FEUERBACH se pone a disposición de los juristas penales una diferenciación plagada de consecuencias: el merecimiento de pena y el merecimiento de sanción, por un lado; y la formación y ejecución de la sanción, por el otro; la discusión de los derechos fundamentales de la persona no se incluye en la cuestión del merecimiento de pena y merecimiento de sanción, sino en el punto principal del interrogante de la formación y ejecución de la sanción.

4. Los siguientes esfuerzos realizados en el marco de la filosofía política parecen continuar la línea kantiana para la relación entre pena preventiva y los derechos fundamentales de la persona.

Las iniciativas de FEUERBACH, en la comparación de los fines de la pena y los derechos fundamentales de la persona, diferencian entre la prevención general y la especial, y aceptan la finalidad preventivo-general de la pena como algo prácticamente ineludible; sin la exigencia de la pena justa, es decir, renunciar a la pena en concordancia con los derechos humano básicos, este emprendimiento no es continuado. Quizás no se observa de un modo suficientemente claro que la opinión de FEUERBACH es el único compromiso, en el siglo XIX, para el cual estaría más dispuesta la pena preventiva, siempre más segura.

La objeción de HEGEL a la doctrina de FEUERBACH, de la prevención general mediante la amenaza de pena -se-

gún la cual se considera al ser humano como cuando se *amenaza a* un perro con un palo y así es tratado como un perro, y no según su honor y libertad<sup>17</sup>, aleja, en las reflexiones científico-penales, al resto de la finalidad de la pena, de las metas preventivas de la teoría de la pena. La teoría de la pena de la Ilustración se da por finalizada. La legalidad formal de la pena ante la dignidad de la persona que efectivamente tiene el fin de la pena se ha intentado no sólo controlarla, sino apartarla. Las formulaciones de HEGEL, conforme a las cuales el delito "es la lesión del derecho como derecho" y la pena "es la supresión (negación) del delito, de lo contrario tendría validez, y es la confirmación del derecho"<sup>18</sup>, merecen importantes consideraciones. La teoría absoluta de la pena se ha impuesto en contra de la doctrina de la prevención mediante la pena.

Éste es solamente un nuevo aspecto de la discusión que continua desde HEGEL hasta BINDING, entre 1840 y 1870. El interrogante de FEUERBACH, es decir cuáles reglas serán fijadas para las prescripciones de la punición, aún permanece. La respuesta de la Ilustración, conforme a la cual estas normas las daría la razón humana, que se mantendría en una razonable línea política, es al menos tan poco posible como también lo es la respuesta de Kant, de que estas normas establecen estrechos límites a la razón que origina la legalidad puramente práctica. Más se mantuvo la respuesta de FEUERBACH - formulada como parte de una teoría absoluta de la pena- que resulta de la disposición de aquello que debe ser punible, de modo preventivo, denominado: la consideración preventivo-general. Para la punición está claro que el Estado sabe qué quiere evitar en todo caso. El interrogante surge en determinar cuál es el criterio

<sup>17</sup> HEGEL, *RechtspMosophie*, § 99, marginal.

<sup>18</sup> HEGEL, ob. cit., §§ 97, 99.

para el "debe ser evitado" (Vermeiden-Sollen), que representa el único interrogante sobre la licitud de la prevención, cuya respuesta posibilitó tanto en KANT como en HEGEL una teoría absoluta de la pena; todo ello ahora desaparece. Lo que es declarado punible se rige desde la primera mitad del siglo xix por las "consideraciones estatales"<sup>19</sup>.

En el hegeliano BERNER se encuentran las formulaciones de que los límites del derecho penal los determina el legislador, según "las necesidades mutables del mantenimiento del orden jurídico"<sup>20</sup>. KOSTLIN fundamenta el concepto conforme al cual la pena es adjudicada por el derecho en sí con la orientación de que la infracción contra el derecho es peligrosa para la sociedad<sup>21</sup>.

BINDING, sin duda el impulsor de la citada teoría absoluta de la pena, orientada en HEGEL, aclara que las disposiciones normativas tienen finalidad y son de un "modo totalmente preventivo", únicamente la imposición de una norma en el proceso penal no estará conducida por apreciaciones preventivas. La valoración de la prevención no se desarrolló a causa del rechazo de KANT a la limitación de la arbitrariedad en el interés de la libertad de todos, sino a partir de la necesidad de la limitación de la arbitrariedad en el interés de necesidades actuales o en el interés de bienes jurídicos<sup>22</sup>. A diferencia de FEUERBACH, ellas son tenidas en cuenta en la formulación, pero no en el objeto. En la formulación de la teoría de la pena con arreglo a HEGEL, se exalta la dignidad de la persona, se da prioridad a la exigencia de

<sup>19</sup> HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1. Theil, 1823, p. 147.

<sup>20</sup> BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 17. Aufl., p. 67.

<sup>21</sup> KOSTLIN, *System des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 1855, p. 17.

<sup>22</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band 1, 4. Aufl., ps. 51 y ss., 419, nota 5.

que el derecho penal no podría subordinarse a los fines. Con la aceptación del fin preventivo de la disposición normativa, sin mencionar los criterios utilizables para estos fines, esta exigencia es juzgada carente de efectos. Ella tiene apenas efectos controladores.

La exigencia de que la imposición de la pena no debería contradecir la dignidad de la persona, permanece en el siglo xix, en la tradición de FEUERBACH. Pero esta exigencia no iguala las pérdidas, es decir aquéllas provocadas en la dignidad de la persona en el ámbito de la determinación del merecimiento de la pena.

5. No es extraño que v. LISZT haya tenido en cuenta rápidamente las exigencias de la finalidad del derecho penal en su conjunto ("*Marburger Programm*", 1882). V. LISZT halla una amplia y tradicional aceptación; edifica un estado de la cuestión apenas ininterrumpido. Tanto FEUERBACH como sus seguidores desean la ininterrumpida organización del derecho penal (la disposición del merecimiento de pena y la aplicación de sanciones), según la utilidad de la sociedad y el autor, los que son afines a los deseos de la Ilustración, cuyo despertar se había esperado durante todo el siglo xix, bajo las formulaciones imprecisas de las teorías absolutas de la pena.

Resta mencionar, sin embargo, una diferencia absolutamente decisiva. La Ilustración comprendió al derecho penal -su extensión y su intensidad- como controlado racionalmente y en ello fue amplia la confianza dispensada a la razón. Este pensamiento fue conservado por las teorías absolutas de la pena a continuación de KANT y HEGEL. Con v. LISZT ingresa en una gran confusión.

La ininterrumpida construcción del derecho penal conforme a la finalidad, en la formulación de las disposiciones de punición, en la formulación de otras sanciones, en la amenaza y la ejecución de penas y sanciones, y la coetánea renuncia a la discusión del vínculo entre

el derecho penal de fines y el derecho penal controlado racionalmente, deja a un lado la importancia de interrogar sobre la relación entre prevención y derechos fundamentales de la persona.

A partir del problema de la disposición de elementos objetivos del merecimiento de pena, esto es apartado completamente. Este interrogante sigue existiendo en los problemas que plantea la descripción y ejecución de sanciones. Pero el interrogante sobre la relación entre derecho penal y derechos fundamentales de la persona sigue permaneciendo vigente sólo en conceptos aislados e instituciones en las cuales no pueden explayar su significado. La frase que se le atribuyó a v. Liszt, y que siempre se cita respetuosamente, pero que en realidad es incomprensible: "El derecho penal es el límite de la política criminal"<sup>23</sup>, es un vago recuerdo de las exigencias de Kant respecto de que el ser humano, dentro del derecho penal, no debe ser utilizado como medio para fines de otros.

En los siglos xix y xx se encuentra la opinión de que el derecho penal no debe ser inhumano, es un enclave desprotegido de la teoría absoluta de la pena en el marco del derecho penal de fines. De forma semejante son valoradas las doctrinas de carácter fragmentario del derecho penal y derecho penal como "ultima ratio". Como efecto positivo se exhibe el principio de culpabilidad, el cual -basado en los derechos fundamentales de la persona- se interpone a la finalidad penal incontrolada.

Después de la Segunda Guerra Mundial se impone el pensamiento de la proporcionalidad entre la motivación de la sanción y la sanción de fines, que se muestra como el resurgimiento del convencimiento de que un de-

<sup>23</sup> La más clara, aunque no en términos: v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14. Aufl., 1905, § 1, y *Aufsätze und Vorträge*, II, ps. 60 y ss.

recho penal con fines no debe superar un razonable ámbito protector -ausente de fines- de la dignidad de la persona, también una razonable intensidad tuitiva de la dignidad humana.

6. La moderna discusión quiere tratar abiertamente el siguiente estado de la cuestión: amenazas de pena de acuerdo a las correspondientes necesidades de la sociedad en la elaboración de los fines de la pena (sanción en particular) y controles de los resultados obtenidos con la ayuda de conceptos que están comprometidos en la discusión de la relación entre derecho penal y dignidad humana, pero esto no se formula abiertamente<sup>24</sup>. Sin embargo, es cuestionable si en la discusión sobre los fundamentos y las reformas del derecho penal no habría que proseguir mucho más allá. El derecho penal de las guerras del siglo xix y finalmente el derecho penal de las guerras del siglo xx y el derecho penal de los tiempos de la transición después de la culminación de las dictaduras, nos han enseñado repetidamente cuan próximo está, para el Estado y la sociedad, el utilizar al ser humano como un medio para un fin y entremezclar, de esta forma, al ser humano con los objetos del ordenamiento jurídico mediante la amenaza de pena y la pena-lización. La enseñanza política prosigue más allá. Los

<sup>24</sup> Esta cuestión es tratada precisamente en su conjunto por HASSEMER (*Prevención general y aplicación de la pena*, en este libro, bajo el IV, 2, en la nota al pie 66). La formulación de este autor demuestra las dificultades, las que deben resultar, cuando se pretende reconciliar la interpretación del derecho penal como parte del control social con una "dignidad" del derecho penal. Esto se encuentra en el texto citando el estado de la cuestión, así también se basa en las exposiciones de LODERSEN [*La Junción preventivo general del sistema del delito*, en esta obra]; las que en la discusión de la legitimidad de la pena preventivo general la distinción realizada entre la finalidad penal y las consecuencias penales es aquella condición que el pasaje ut supra quiere criticar.



acontecimientos históricos citados no aparecen como sucesos extraordinarios en la historia del derecho penal, sino que ellos permiten hacer visible únicamente la tendencia general de un modo unilateral y más severo. Aun las etapas más pacíficas de la historia del derecho penal del siglo xx son únicamente formas apacibles de la utilización del ser humano para los fines de otros. Lo que KANT temía, y lo que deberían haber evitado sus formulaciones, sucedió. Las contramedidas, las que KANT señalaba para la limitación de un derecho penal basado en fines, se comprobaron como políticamente ineficaces. Estos medios siguen siendo discutidos, acontecen al margen, apenas reconocible y con sólo escasa seguridad política propia.

#### IV

¿Hacia dónde debería proseguir, en el marco del debate de la reforma del derecho penal, una discusión sobre la relación entre la pena general preventiva y los derechos fundamentales de la persona?

1. En primer lugar, es necesario remarcar la premura de esta discusión. El derecho sancionador preventivo, y con él también la pena general preventiva, adquirió un gran desarrollo, sin tener en cuenta el punto medular de los derechos fundamentales de la persona. La ventaja del derecho sancionador preventivo frente a los derechos fundamentales de la persona es significativa. El proyecto de un derecho penal racional con fines pre-ventivo-generales o especiales es el criterio utilizado para el avance del derecho penal en general, desde principios de este siglo. Las medidas de readaptación y seguridad (arts. 199 y siguientes del Código Penal italiano y §§ 61 y siguientes del Código Penal de la República Fe-

deral Alemana) constituyen sólidos pilares del derecho penal preventivo. En esta relación, raramente se tienen en cuenta los ordenamientos contravencionales, que son una expresión del pensamiento preventivo, que no puede dejarse a un lado a partir de la finalidad sancionadora. El extensivo derecho penal accesorio y, como para mencionar otro ejemplo, el derecho de internación de enfermos mentales y adictos, son ámbitos del derecho que agradecen su surgimiento al pensamiento según el punto de vista de la finalidad que debe ser alcanzada para la sociedad a través de la sanción.

2. Debe ser subrayado que el desarrollo del problema "Prevención, también prevención general y derechos humanos de la persona" haya conducido a que este problema solamente se lo pueda hallar dentro del ámbito de las consecuencias jurídicas (determinación y medición de la sanción); por el contrario, esto sucede apenas en el establecimiento de las disposiciones sancionadoras. Esta diferenciación no es sostenible. Pero el punto alcanzado en el fundamento de esta distinción, en el marco de las consecuencias jurídicas, debería ser examinado exhaustivamente. Los principales puntos de **partida** están una vez más equiparados.

**Partiendo de** los derechos fundamentales de la persona, **por** encima de las disposiciones como los arts. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 32 de la Constitución de la República de **Italia**; y los arts. 1 y siguientes, 20, 103, párrafo 2º, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, las penas, las medidas y las multas administrativas -por más que sean preventivas, es decir, con efectos preventivo-generales- deben ajustarse a las siguientes condiciones: todas las sanciones de naturaleza penal o semejante deben estar determinadas legalmente y no pueden ser aplicadas retroactivamente. La pena debe afectar sólo al culpable y no debe sobrepasar la medida

de la culpabilidad<sup>25</sup>. La pena, es decir, cada sanción, debe atender a la dignidad humana y no debe ser cruel ni ser exageradamente severa. La pena no debe lesionar la condición de igualdad, ella debe ser justa y humana. Para cada sanción, hay que tener en cuenta la relación entre el motivo y la consecuencia. La pena debe ser únicamente la "ultima ratio" en la implementación de los medios estatales<sup>26</sup>.

Estas condiciones de legalidad para la promulgación de una sanción con fines penales o semejantes deberían sistematizarse y ser más elaboradas. Esto no va a ser sencillo, puesto que no existe una tradición confiable para trabajar en esta dirección. Ante todo, debería estar fijamente establecido, previamente, que en este camino se puede alcanzar un control del derecho penal preventivo desde un punto de partida inseguro.

3. La discusión de la relación entre derecho penal preventivo/derecho de las medidas de seguridad /derecho contravencional y los derechos fundamentales de la persona, no constituye el único inconveniente para la doctrina de la elaboración y la medición de la pena. Es igualmente importante esta relación para la doctrina del merecimiento de la pena y merecimiento de la prevención. En este ámbito, surgió una amplia laguna a causa del actual desarrollo de la discusión. La relación entre el merecimiento de la pena y el de prevención, por un lado, y los derechos fundamentales de la persona, por el otro, continúan siendo difusos.

<sup>25</sup> Un resumen de este problema: DOLCINI, *La Commisurazione de lta Pena*, en especial ps. 257 y ss.

<sup>26</sup> Ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana en LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetz*, 5. Aufl., marg. 4 b, g, del art. 1, 28 b del art. 20; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., ps. 16 y ss.; NAUCKE, *Strafrecht*, Eine Einführung, 2. Aufl., ps. 92 y ss.

a) Esta laguna existente está cubierta con una vinculación argumental, una costumbre de pensar, la que aparenta ser superflua frente al interrogante sobre la relación entre los derechos fundamentales, dignidad humana y derecho penal preventivo. Se confía en un derecho penal positivo, se está de acuerdo con él, se lo cataloga como merecimiento de pena = merecimiento preventivo, lo que el correspondiente Código Penal, el derecho penal accesorio, las medidas de seguridad y el derecho contravencional lo subordinan a la pena/medida-/multa administrativa. Como consecuencia de esto, se llega a una frase que es políticamente tranquilizante y científicamente provocativa. La oración dice: "Presuponiendo que el derecho penal positivo describa correctamente las formas de conductas que merecen sanción y son dignas de prevención, ¿cómo puede la prevención, por ejemplo, la prevención general, conseguir esto? Éste es, en realidad, el contenido de la frase mencionada al principio: "El derecho penal de la prevención es el moderno derecho penal racional". Esta frase se formula como consecuencia de la interpretación de que el contenido del derecho penal positivo es correcto en la descripción de las formas de conductas merecedoras de pena y en su fundamentación. Esta frase está condicionada por la aceptación de un positivismo jurídico extensivo. Esta condición debería ser discutida nuevamente con la ayuda del interrogante sobre la relación entre pena preventiva y derechos fundamentales de la persona.

b) Prevención general, principalmente prevención a través de la pena, y derechos fundamentales de la persona no se hallan, en principio, en una situación de oposición, cuando el círculo de las formas de conductas merecedoras de prevención están legalmente establecidas. El punto central de la discusión del problema "Prevención general y derechos fundamentales de la perso-

na" debe ser, por lo tanto, de la parte especial del Código Penal, del derecho penal accesorio, del derecho contravencional y del derecho de las prescripciones de las medidas de seguridad. Acá debería fundamentarse y formularse cuáles formas de conducta deberían permanecer prohibidas porque son injustas. Recién cuando esto sea seguro, podrá resolverse seguidamente el problema de la autorización de la prevención<sup>27</sup>. FEUERBACH tenía razón cuando denominaba a la amenaza de pena como el punto donde debía comenzar la discusión sobre la extensión en la que está autorizada la pena. Pero este autor no tenía razón al opinar que el problema más sencillo de discutir era la amenaza, porque en el momento de la amenaza aún nada aconteció. Justamente es en la amenaza donde es más difícil discutir el problema, porque todo conduce hacia lo que puede suceder como pena, también como pena preventiva. A este interrogante, cuáles modos de conducta pueden anticiparse con pena, existen actualmente dos posibles respuestas, las que representa a dos fines de pensamiento jurídico penal. Sin embargo, ambas respuestas no están en la posición de continuar desarrollando el problema de la relación entre los derechos fundamentales de la persona y la pena preventiva.

aa) Una de las soluciones propuestas pretende seleccionar las formas de conductas -punibles- que pueden ser anticipadas, con la ayuda de conceptos tales como: lesión de bienes jurídicos socialmente dañosa. Mientras los bienes jurídicos importantes para la persona individual o para la comunidad de personas, estos conceptos no ayudan para nada. O se interpretan los que figuran

<sup>27</sup> Una de las muy poco claras formulaciones de este problema en la actual doctrina: ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS (= Juristische Schulung), 1966, p. 380.

en las leyes y así se apoya la idea de equiparación entre el derecho penal positivo y el derecho penal razonable. Actualmente, esta equiparación puede ser apenas fundamentada. Pero este concepto de "lesión de bienes jurídicos socialmente dañosos" indica otra medida adicional, por ejemplo, el anhelo de la mayoría o el de una minoría poderosa<sup>28</sup>. Puesto que no se puede agregar nada más en los siglos XIX y XX sobre estas líneas de pensamiento, a las cuales le siguen estos anhelos, no se formula otra cosa que la necesaria aceptación teórica de la irracionalidad en la constitución del tipo penal<sup>29</sup>. Pero justamente esto es la situación política para la que sigue siendo válida la objeción de KANT de que la pena preventiva convierte a la persona en un medio para finalidades casuales de otros.

Un derecho penal preventivo sobre un tipo penal irracional difícilmente se concilia, en los hechos, con los derechos fundamentales de la persona. Los defensores del concepto de "lesión de bienes jurídicos socialmente dañosos", como medio para la elección de las formas de conductas dignas de prevención, no contemplan que únicamente los conceptos son racionalmente ilustrados, mientras prevén una sanción que sobrepasa la finalidad aceptada, que ellos son conceptos carentes de poder, en cuanto ellos deben tener parte por sí en la determinación de la racionalidad de esas finalidades.

*bb)* La segunda respuesta al interrogante sobre cuáles modos de comportamientos se pueden prevenir con pena u otra sanción penal parecida, se basa en la objeción de KANT y la quiere implementar. La cuestión de la

<sup>28</sup> Ver el resumen y la valoración de esta discusión en HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, ps. 87 y ss., 111 y ss., 192 y ss.

<sup>29</sup> Hellmuth MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, p. 56.

punición, para KANT, es una expresión del interrogante de la libertad. Punible = digno de la pena = digno de prevención, y de acá, necesitado de prevención es el uso de la propia libertad para la lesión de la libertad de los conciudadanos. Estas formulaciones están muy alejadas del clima político y expresivo, en el cual los problemas del merecimiento de pena son discutidos en la actualidad.

La lesión de bien jurídico merecedora de pena: ¿una cuestión de libertad? En la realidad, en el merecimiento de pena, como parte de la cuestión de libertad, es la única alternativa para el merecimiento de pena como parte de la cuestión del bien jurídico, es decir, como parte de la cuestión de la coordinación de intereses surgidos casualmente.

En la actualidad ello no conduce lejos, cuando la cuestión del merecimiento de pena es considerada como parte del problema de la libertad. De los propios textos de KANT se puede deducir que la libertad, como espacio seguro para acciones sociales, no existe por sí mismo, sino que es un medio para un fin absoluto, es la necesidad de la acción moral. El intento de formular, dentro de este marco, los problemas jurídicos junto a los del derecho penal conduce rápidamente a la resignación.

El propio KANT se aferró a la cuestión de la libertad y pudo discutir algunos pocos problemas del merecimiento de pena, apenas tratados. Como lesiones a la libertad se cuentan claramente los ataques dolosos y violentos en el ámbito ajeno. La multitud de normas de derecho penal, de medidas de seguridad y derecho contravencional de estos días no se pueden interpretar en este rumbo.

Esto es válido, entonces, cuando se fundamentan aquellos conceptos que fueron formados a continuación de KANT para aproximar la cuestión de la libertad como cuestión de delimitación entre conductas merecedoras de pena (dignas de prevención) y las que no lo son, de la práctica cotidiana del derecho penal. Con esto se quiso

decir que merecedores de pena son el menoscabo de la paz y la seguridad del ciudadano, también merecedor de pena y con esto merecedor de prevención es el impedimento de la coexistencia de los ciudadanos<sup>30</sup>. Estas son fórmulas de compromiso, las cuales, en caso de ponerse en práctica, quedan únicamente en el camino de la irracionalidad de la constitución del tipo penal a través de un legislador.

Este camino no puede ser descrito ni criticado sin precisión. Él se encuentra como una reposición del "modelo de FEUERBACH" en imponentes demostraciones de la doctrina moderna<sup>31</sup>. Se discute a KANT y su objeción contra cualquier forma de prevención -también contra toda forma de prevención general, de que la persona no debería ser utilizada como medio para un fin-, es considerada, sin duda, clarificadora, pero al mismo tiempo, se la considera infructuosa, porque desde el punto de vista de la práctica de la legislación moderna, es irreal<sup>32</sup>. Se interpreta a KANT, entonces, de una manera que permite aligerar su objeción principal, pero dicha objeción no se podría dejar de tener en cuenta en la extensión del actual ordenamiento sancionador. Eso se demuestra mediante la formulación de KANT de que el ser humano no debería ser utilizado *únicamente* como medio para los fi-

<sup>30</sup> Ver en primer lugar, FEUERBACH, *Über die Strafe als Sicherungsmittel*, 1800, p. 18; GROLMANN, en: *Magazin für Philosophie und Geschichte des Rechts*, 1. Band, 1800, ps. 248 y ss.; TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, 1. Band, 2. Aufl., 1822, ps. 84 y ss.

<sup>31</sup> Vid, por ejemplo, B. HOERSTER, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, GA (= Goldammer's Archiv) 1970, ps. 272 y ss.; ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974, ps. 1929 y ss.; ZIMRING y HAWKINS, *Deterrence*, 1973, ps. 35 y ss.; OSTENDORF, *Auf Generalprävention kann nicht verzichtet werden*, ZRP (= Zeitschrift für Rechtspolitik), 1976, ps. 281 y ss.

<sup>32</sup> ANDENAES, ob. cit., p. 130; siguiendo ZIMRING y HAWKINS, *Deterrence*, ps. 35 y ss., con continuas pruebas.



nes de otro. Este marco se conserva cuando alguien es penado sólo bajo la condición de que haya quebrado el derecho positivo, sin embargo, existe la correcta posibilidad de mantenerse dentro de los límites del derecho positivo<sup>33</sup>. Esto no es, según mi opinión, kantiano, porque la cuestión decisiva -cuáles formas de conductas pueden ser permitidas o prohibidas mediante el derecho positivo- desapareció de la teoría de la prevención. Asimismo, el derecho positivo, cuyo contenido puede ser casual y hasta injustamente demasiado valorado, es re-valorizado sobre las medidas, porque participa del *pat-hos* de la veracidad de la doctrina kantiana. Casi más provechoso, en consecuencia, es el hecho de que el problema de la prevención general solamente es un problema de la *subjetividad* del autor único o de grupos de autores. Sólo es cuestionable cuáles autores han realizado acciones contra cualquier derecho positivo, no es más cuestionable *cuáles* acciones cometieron aquéllos. La objeción de KANT es válida para la relación entre derechos fundamentales de la persona y acciones prohibidas relacionadas con acciones permitidas. La nueva interpretación de KANT -como sucede con FEUERBACH- conduce únicamente a la relación entre la personalidad del autor y la preventora, adaptada = proporcionada cantidad de sanciones. Esto es una abreviación de KANT, pero una significativa reducción para el desarrollo del moderno derecho penal.

## V

El resultado de estas reflexiones es poco. Un Congreso sobre el tema "Teoría y praxis de la prevención gene-

<sup>33</sup> ZIMRING y HAWKINS, *Deterrence*, ps. 36 y ss. bajo la invocación de H. L. A. HART.

ral" tiene su fundamento en la modernidad del derecho penal preventivo y orientado racionalmente, pero debe interrogarse en la formulación de "prevención general y derechos fundamentales del hombre" por la legitimación de la intimidación en todas sus formas. O la respuesta a este interrogante es tan radical -un derecho penal basado en la prevención general es en principio irremediabilmente injusto- de tal manera que el derecho penal-/medidas de seguridad/derecho contravencional de esta época se hace intratable. O bien, la respuesta al interrogante planteado es tan burda -la prevención general es justa cuando sirve a la sociedad actual- que se puede obviar como una ventaja sin sentido para la praxis cambiante del derecho penal preventivo general.

Pero quizás se deja continuar la línea de discusión poco reconocida a partir de la citada respuesta radical de KANT. Ésta es la línea que intenta discutir a partir del comienzo del siglo xix la legitimidad de la descripción del tipo penal de la parte especial del derecho penal y del derecho penal accesorio como legitimación para una pena preventiva, es decir, para un sistema de sanciones preventivas<sup>34</sup>. Esta línea debería ser más enérgica de lo que ha sido hasta ahora para determinar un marco del derecho penal, en el cual se trata de la protección de la libertad de la persona contra dolosos y violentos menoscabos de esa libertad, es decir, desdeñables menoscabos personales de esa libertad. En este ámbito está legítimamente fundado el merecimiento de pena como prevención, por lo tanto, también como prevención general. Es en esta dirección donde se muestra la interpretación del Tribunal Constitucional de la República Federal Alema-

<sup>34</sup> Ejemplos: BERGK, *Die Philosophie des peinlichen Rechts*, 1802, ps. 118 y ss.; Hugo MEYER, *Die Gerechtigkeit im Strafrecht*, Gerichts-saal, tomo 33, 1881, ps. 143 y ss., 161 y ss.; Hellmuth MAYER, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, ps. 25 y ss., 45 y ss.

na para ciertos bienes jurídicos relacionados con la persona, que no podrían quedar sin protección penal influenciada a través de la intimidación, cuando su seguridad no puede garantizarse de otra forma<sup>35</sup>. En este aspecto tendría la investigación empírica una meta humanamente digna y no requeriría tener la objeción de realizar únicamente aportes para las técnicas sociales de las metas mutables. Más dificultoso y casi sin solución es el interrogante sobre el merecimiento de pena, de sanción y sobre la legitimación de la prevención fuera de este estrecho ámbito<sup>36</sup>. La discusión de la legalidad de las cambiantes metas sociales dentro de este breve tiempo y con esto la discusión de la legitimidad de las sanciones orientadas penalmente que se empleaban para alcanzar estas metas, son temas abandonados a partir de la Ilustración. La solución de los siglos xix y xx, de fundamentar esta legitimidad mediante el proceso para la elaboración del derecho positivo, sólo puede ser una solución de emergencia. Mientras no se encuentre una mejor solución, habrá que conformarse con la antigua interpretación de FEUERBACH, que dice que los derechos básicos de la persona están tutelados, en este ámbito -en caso de que uno se oriente hacia la prevención general-, mediante un derecho positivo originado ordenadamente bajo la amenaza de sanción. Para no conformarse demasiado tiempo con esa interpretación, se la debería considerar como una ficción.

Esta observación puede resumir el problema de la prosecución de una reforma del derecho penal basada

<sup>35</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts der Bundesrepublik*, Band 39, ps. 1 y ss., en particular, ps. 46 y ss.

<sup>36</sup> Ver, para esto LODERSSEN (*La Junción preventivo general del sistema del delito*, en esta obra bajo C I 1 d), en el que se discute el mencionado interrogante sobre el problema de la motivación del autor mediante la pena.

en la prevención, en particular en la prevención general, cuando esta reforma se dedica al interrogante sobre la relación entre la prevención y los derechos fundamentales de la persona.

Hay dos maneras diferentes de derecho penal y derecho sancionador, diferenciados en la calidad de la legitimación.

Una de ellas está marcada por los hechos punibles, cuya punición es dudosa y, por lo tanto, caracterizada por penas, sanciones, cuya correcta discusión surge a partir de la finalidad y los efectos preventivos. La otra está marcada mediante hechos, cuyo merecimiento de pena únicamente puede fundarse gracias a la referencia de las necesidades pasajeras de otras personas, y, por consiguiente, caracterizadas por penas/sanciones, cuya discusión, a partir de la finalidad y de los efectos preventivos, no es correcta, sino tan solo políticamente inevitable.

De esto resulta -con una larga tradición todavía palpable por todos lados en el derecho positivo- dos cualidades autónomas de la prevención general, del derecho penal en general. Esta discusión sobre la relación entre prevención general y derechos fundamentales de la persona conduce, finalmente, en consecuencia, a la cuestión sobre la ciencia del derecho penal, si ella quiere dedicarse sin escalas a la discusión de la reforma del derecho penal basado en la prevención general para ambos fines del derecho penal.

## PREVENCIÓN GENERAL Y APLICACIÓN DE LA PENA

Por WINFRIED HASSEMER

### I. ASPECTO PREVENTIVO GENERAL DE LA APLICACIÓN DE LA PENA

"Con seis meses de privación de libertad fue condenado el lunes por un tribunal de Frankfurt un trabajador de 46 años por haber lesionado de modo peligroso a su cónyuge de 38 años. Como aclaró el juez Sen., la sanción penal aplicada, que sobrepasaba la pedida por el fiscal, debía tener un efecto intimidatorio a la vez que debía constituir una contribución para la defensa del orden jurídico.

"Disgustado porque su esposa miraba una película policial por televisión en lugar de servirle la comida, el acusado se encolerizó, tomó de la cocina una cacerola que contenía agua caliente y papas, y la arrojó contra su mujer, quien sufrió quemaduras en el torso, la pérdida de dos piezas dentarias y una herida que le dejó cicatriz.

"La mujer denunció el hecho ante la policía y barajó la posibilidad de separarse del acusado; sin embargo, luego de pasadas varias semanas internada en el hospital, regresó a su domicilio.

"Ella fue citada en calidad de testigo durante el proceso penal; hizo uso de su derecho de permanecer en silencio y nada dijo sobre el suceso. Sólo expresó: "básicamente mi esposo es una persona correcta, salvo cuando está bajo la influencia alcohólica, como ocurrió en abril del año pasado...".

"Había mencionado el juez Sch. unas semanas antes, que los casos de lesiones corporales serían 'tomados en serio' en su jurisdicción. Motivó esta expresión del juez el caso de un vendedor que a fines del año anterior arrojó algunas macetas contra diversos manifestantes e hirió gravemente a una periodista. También en este caso el Juzgado no consideró apropiada la aplicación de una pena de multa y, por el contrario, condenó al autor a la pena de seis meses de prisión, cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso".

Esta noticia periodística de enero de 1979 <sup>1</sup> cita íntegramente los aspectos que en aquel momento dominaba la discusión sobre la autorización y los límites de la agravación de penas preventivo-generales:

1. La sentencia del juez sobre el modo y la medida de la pena no abandona de ninguna manera el ámbito de la medición determinada por el legislador (ésta se mueve más bien dentro de la escala inferior del marco jurídico penal<sup>2</sup>); esta consideración de fines preventivo-generales provocó, naturalmente, que el modo y la medida de la pena se desviaran de una tradición jurídica de la medición de la pena: en comparación con la praxis actual de la determinación de la pena del tribunal de Frankfurt respecto de la lesión corporal peligrosa, esta sentencia penal estaba ostensiblemente sobredimensionada.

2. La agravación fundada en motivos general-preventivos sorprendió; si bien en casos particulares, era en general previsible: a pesar de que el juez había aplicado anteriormente una sentencia semejante, y al mismo tiempo había hecho público que él iba a proseguir con

<sup>1</sup> "Frankfurter Rundschau", del 23.1.1979, Nr. 19, p. 10.

<sup>2</sup> "Lesiones corporales peligrosas" está amenazada con una pena privativa de la libertad de un (1) mes hasta cinco (5) años o con pena de multa (§§ 223 a I, 38 II StGB).

la estrategia preventivo-general de la agravación de la pena en casos parecidos, el fiscal había evaluado una pena más benigna, por eso he de suponer que la intención del juez, al estatuir otro ejemplo, no era objeto de discusión en el proceso principal.

3. En este proceso, el acusado ya había realizado su hecho cuando el juez anunció por primera vez que sería "muy estricto", en el futuro, en casos de lesiones corporales. Durante la comisión del hecho, no era previsible que el autor esperara una agravación de la pena en esta especie delictiva.

4. Los protagonistas inmediatos del hecho lo habían sido también del conflicto que condujo a la comisión del delito, que por momentos lo agravó; con el paso del tiempo lo habían asimilado, tanto es así, que los involucrados podían y querían convivir con el conflicto. La sentencia aceptaba este proceso acumulativo no como un factor decisivo, sino que gravitaba en el punto más importante de los intereses de su decisión en algún aspecto, el cual era extraño a los participantes.

5. El fallo se basó -según la información periodística- para la fundamentación de la aplicación de la pena, en vagos conceptos pedagógicos y políticos jurídicos como "efecto intimidatorio" y "defensa del ordenamiento jurídico"; los cuales son un recurso retórico, que carece de operatividad y de una denominación concreta para sus condiciones previas y las consecuencias atendibles para la comunidad jurídica.

Estos fundamentos registran la lógica del juez, quien, mediante la "severidad" penal, entendió que podría influenciar en el comportamiento de terceros (para él desconocidos) y esto podía y debía realizarlo también como representante del Poder Judicial.

6. Justamente la acentuación de la finalidad de la prevención general de la pena le interesaba al periodista en los casos judiciales y lo condujo a seleccionar este fallo -como ya lo había hecho anteriormente contra el "enemigo de las mujeres"- extraído de la praxis multifacética de la justicia penal para los medios de comunicación y así subrayar respectivamente las consideraciones preventivo-generales. Se puede suponer que este interés es congruente con el del juez, quien tenía esperanzas de agravar o fundamentar el esperado efecto intimidatorio de la sentencia a través de los medios.

7. Las lesiones corporales con ayuda de objetos duros e incandescentes es un delito que proviene del clásico ámbito de la criminalidad y, como tal, permanece **prácticamente** inmutable desde hace siglos en la descripción **del** tipo penal. La agravación preventivo-general de la pena se fundamentaba únicamente con un **cambio social: con** la preponderancia temporal de las **lesiones corporales**. Es claro que este argumento se **apoya en una** hipótesis latente, a partir de la cual la **praxis de la justicia** penal influye específicamente en el cambio social: las penas benignas provocan el aumento del índice delictivo, mientras que las más severas lo disminuyen.

Tomando este concepto, se representan estos aspectos en la aplicación de la pena, de la siguiente forma:

ad. 1. La aplicación preventivo-general de la pena no debe colisionar con los límites de un ordenamiento penal codificado, los cuales fueron fijados por el *legislador penal* para la medición del juez penal.

La "agravación de la pena" en el interés preventivo-general no es un modo típicamente relativo del límite superior legal, sino relativo a la tradición judicial en la decisión de casos parecidos.



ad. 2. Por lo menos en un *proceso penal*, cuya organización no diferencia las cuestiones del hecho y la culpabilidad al de la aplicación de la pena, está presente el peligro de que los protagonistas de un proceso penal sean sorprendidos por una agravación preventivo-general de la pena por parte del juez. Esto no sólo menoscaba la comunicación dentro del tratamiento principal y así la posición del acusado como sujeto del proceso<sup>3</sup>, sino también sus intereses de defensa.

ad. 3. El incremento preventivo general de la pena puede expresarse en el juicio de culpabilidad del tribunal, pero no lo debe hacer y tampoco lo hace de una forma típica. Si el factor que lleva el punto de vista preventivo general debe ser o no adjudicado al acusado, es un interrogante no solucionado<sup>4</sup> -interrogante cuya respuesta es extraordinariamente importante para el juicio ético-jurídico y constitucional de la aplicación preventivo general de la pena-.

ad. 4. Parecido a la manera en que se desprende del principio de culpabilidad, el interés preventivo general también lo hace típicamente a partir de *consideraciones preventivo-especiales*. El Ethos de la teoría de la prevención especial (la ayuda jurídicamente organizada también al condenado, en su propio interés<sup>5</sup>) no puede invo-

<sup>3</sup> En este punto siguiendo a HABERSTROH, *Strafverfahren und Resozialisierung*, Frankfurt am Main, 1979, sobre todo ps. 173 y ss.

<sup>4</sup> Ver BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, JZ 1964, ps. 338 y ss.; BRUNS, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*. Köln, 2. Aufl. (1974), p. 246, ambos con varias comprobaciones.

<sup>5</sup> Más categóricamente en HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance?* Un bosquejo del problema en Lüderssen-Sack, (ed.), *Seminar Abweichendes Verhalten III*. Frankfurt am Main, 1976, ps. 291 y ss.

car en su favor la aplicación de la pena preventivo-general - contrariamente este Ethos lucha en contra de ella (aplicación de la pena) cuando interviene aumentado la finalidad de la intimidación de terceros en el caso de un proceso de elaboración entre la víctima y el autor-.

ad. 5. La agravación de la pena bajo la óptica del interés preventivo-general produce, en el ordenamiento jurídico penal codificado, una transformación en la relación entre *la legislación y la jurisprudencia penales* y, en general, una fortalecida percepción político-jurídica de los jueces. La jurisprudencia penal se ocupa de determinar paulatinamente la misión adjudicada clásicamente al legislador, en lugar de determinar la finalidad, **los** instrumentos y los límites de la política criminal<sup>6</sup>, y **se anima** a reconocer, valorar e influir, mediante decisiones judiciales, en casos particulares, sobre los cambios en **la** cuota de criminalidad.

ad. 6. Las tendencias hacia la aplicación preventivo-general de la pena condicionan las inclinaciones para un cambio funcional de la "*publicidad del proceso*", en **particular en la relación** con los "medios de difusión masiva"<sup>7</sup>.

Como siempre ocurre, se formula una teoría de la prevención general y se la quiere imponer sobre la aplicación de la pena: La sentencia motivada de un modo preventivo-general debe comparar a aquellos individuos o grupos de personas a los que desea intervenir. De es-

<sup>6</sup> Próximo a esto en HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg 1974, en particular ps. 27 y ss., 208 y ss.; LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Ober die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*. 1973, ps. 101 y ss., 257 y ss.

<sup>7</sup> Nueva determinación de este instituto bajo la aplicación de un modo teórico juicio y proceso así como sociológico mediático de plantear el problema en SCHERER, *Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit*. Diss. Frankfurt am Main, 1979.

ta forma se trastoca la función de la "*publicidad del proceso*" que pasa del "control" a la "intervención normativa", y las medidas se convierten en un factor desproporcionadamente más importante que el hecho de que el público presencie el proceso principal.

ad. 7. La aplicación de la pena desde la intención preventivo-general impone forzosamente por lo menos una *hipótesis empírica*, la cual se refiere al cambio social y su vinculación específica con la imposición de la pena: ella afirma, por lo menos implícitamente, que está en condiciones de influir en el cambio social en una dirección favorable y se legitima a través de esta potencia. En esto se fundamenta la diferenciación entre teorías de la pena preventivas {"modernas", "relativas") y represivas ("clásicas", "absolutas").

## II. LAS CHANCES DE IMPOSICIÓN DE LA APLICACIÓN

### PREVENTIVO-GENERAL DE LA PENA, EN LA ACTUALIDAD

En el actual clima científico y político jurídico parecen ser extraordinariamente favorables las chances para la imposición de la aplicación preventivo-general de la pena. Quiero mencionar al menos algunas de las variadas comprobaciones de esta tesis para indicar la práctica explosiva del tema y preparar el análisis teórico.

1. Tanto la prevención especial como la general se corresponden con teorías de la pena relativamente sin contradicción al actual *common sense* sobre el sentido y la justificación de la punición, como lo certifica ante todo la más moderna investigación de la atribución<sup>8</sup>. La

<sup>8</sup> Ver BIERBRAUER, *Die Zuschreibung von Verantwortlichkeit*. Eine attributionstheoretische Analyse, en Hassemer-Lüderssen (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*. III : Strafrecht, München, 1978, ps. 130 y ss.

intención es no sólo conducir meramente al delincuente por el camino correcto, sino -algo mucho más ambicioso- la de reducir la cantidad global de comportamientos desviados normativamente, lo que le adjudica a la función preventivo general de la pena una alta dignidad político-social.

La prevención general expresada como teoría de la pena y su imposición significan que cada intervención a costa del individuo desviado normativamente habrá de conducir, al mismo tiempo, al bienestar general -en el derecho penal del Estado como instrumento de la política social en el sentido más amplio y dentro de la praxis penal de la vida cotidiana, como estabilizador de las normas de los grupos a los que se hace referencia-.

2. En una situación en la que es inverosímil un **retorno de la** política criminal y de la jurisprudencia penal **hacia teorías** "absolutas" de la pena (retribución, expiación), la **teoría** de la prevención general se aprovecha de la **crítica a la que** está cada vez más expuesta la teoría **preventivo** especial<sup>9</sup> y de la calidad de los casos, los que se ocupan en la actualidad de la conciencia jurídica de la política, los medios y de la población.

a) A partir de la mitad de la década de los 60 se produce un cambio significativo en la argumentación político-criminal de la República Federal Alemana, en especial en el tema de la discusión del "Proyecto Alternativo" del Código Penal y el Proyecto Oficial de 1962 ">. Con la tendencia de legitimar paulatinamente la regulación jurídico-penal sobre sus efectos empíricos, se vincula una

<sup>9</sup> Una recopilación de los argumentos en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. Berlín, 3. Aufl., 1978, ps. 59, 62 y ss.

<sup>10</sup> De la cual es próxima HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, ps. 71 y ss., 82 y ss.

*agravación de los intereses preventivos* en la política criminal y ante todo la argumentación político-criminal.

Esta agravación favorece ante todo a la teoría pre-ventivo-general, sin tener en cuenta a la ley de ejecución de la pena; en ese caso la prevención general es más bien como la prevención especial con un objeto relacionado con las reflexiones legislativas: los efectos sobre la población general, sobre las cifras de criminalidad y la relación penal de la política interna con otros instrumentos está ubicada de forma prioritaria en los intereses del legislador y recién en este marco de referencias construidas preventivo-generalmente también hay un lugar para el impulso preventivo-general.

La relativa constancia de las cifras de reincidencia, a pesar de los ingentes esfuerzos preventivo-especiales de los últimos años, los costos de las instalaciones razonadas de modo preventivo-general, como por ejemplo ocurre con la institución social terapéutica; el "cambio de tendencia" en la política criminal con el llamado de amenazas de pena más severas en lugar de ofrecimientos de ayuda para el delincuente; la "desilusión" en el marco de las ciencias penales frente a la relevancia de la investigación científica, humana y social, al menos estos factores han alimentado y continúan aún hoy creando una creciente desconfianza sobre la efectividad (y con esto la legitimidad) de estrategias e instrumentos preventivo-especiales.

Esta desconfianza, si la aprecio bien, no significa un retroceso de la política criminal hacia una representación teórico-retributiva, sino que conduce hacia un favorecimiento de la prevención general. La concepción de la política del derecho penal y social "racional", según la cual la amenaza, la medición y la ejecución de la pena no pueden entenderse más como la equiparación del mal, sino como la elaboración del fenómeno "criminalidad", aparenta ser más enérgica que las reservas he-

chas contra la efectividad de un concepto preventivo-especial: los mismos fracasos de los esfuerzos preventivo-especiales no deberían enterrar la esperanza de adaptar el sistema jurídico-penal a las leyes de política social "racional", sino que problemas "reales" y empíricamente discutibles deberían trabajar junto con instrumentos que están fuera de toda sospecha de la metodología de las ciencias empíricas: intervención en lugar de metafísica. La teoría de la prevención general se corresponde de modo privilegiado, en todo caso superficialmente, con una concepción semejante.

b) La teoría de la prevención general resulta ser, a diferencia de lo que acontece con el concepto preventivo-especial, apenas refutable. A pesar de que la meta preventivo-especial pueda ser vaga, la reinsertión del **desviado a la** comunidad jurídica<sup>11</sup> -lo que resulta discutible en esferas marginales- podría ser el proceso testigo **de la comprobación** de semejante integración aplicada a **largos períodos** y cuestionable en su fuerza expresiva<sup>12</sup>; **los conceptos** preventivo-especiales son falsificables por **largos períodos**, en cualquier momento puede llegar el instante en el cual sería visible el fracaso de las tentativas de reintegración, en todo caso para determinar los grupos de autores.

La política criminal basada en criterios preventivo-generales está expuesta en menor medida de manera desproporcionada al peligro de la *falsificación*. Igualmente, cuando ella formula tan concretamente sus esperanzas sobre la efectividad, como lo hizo FEUERBACH<sup>13</sup>,

<sup>11</sup> En particular, ESER, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs*, en Festschrift für K. Peters, Tübingen, 1974, ps. 505 y ss.

<sup>12</sup> Ver MÜLLER- DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, Berlín, 2. Aufl., 1978, p. 68.

<sup>13</sup> *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14. Aufl. (ese día. Mittermaier), Gie\_en, 1847, en especial §§ 12- 16.

quien proclamaba la intimidación de potenciales autores penales mediante la amenaza y la imposición de pena, todavía hay acá demasiadas variables intervinientes como para poder deducir de un inconveniente desarrollo de la cifra de criminalidad el fracaso de un concepto preventivo general. Frente a semejante resultado podría ser objetado, en particular, que la aparición de cifras negras<sup>14</sup> no permitiría citar confiablemente la modificación del modo y el ámbito de la criminalidad sobre la base de las estadísticas de condenados y procesados; además, se argüiría que un incremento o una disminución de la criminalidad no es imputable a la ineficacia de un derecho preventivo general, sino más bien imputable a la desfavorable transformación de factores criminológicos, o que el desarrollo de las cifras de criminalidad sería más desventajoso cuando el efectivo derecho penal preventivo-general no erija un dique, etcétera.

De un modo prácticamente absoluto, la falsificación podría ser un concepto preventivo general de la moderna adaptación<sup>15</sup>, el cual ya no ha de considerar sus con-

<sup>14</sup> Para esto en especial, LOLIRSEN, *Strafrecht und "Dunkelziffer"*, Tübingen, 1972, así como este autor en esta obra, *La función preventivo general del sistema del delito*; KERNER, *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung. Erwägungen zum Aussagewert der Kriminalstatistik*, München, 1973, en particular ps. 170 y ss.

<sup>15</sup> Esta variante de la prevención general fue desarrollada en la ciencia de la República Federal ante todo de manera separada con la psicología profunda. Ver en particular, HAFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Aarau, 1976, p. 80: "Se considera al suceso comunitario de un modo sobrio y carente de valoración, así por lo menos es una plausible hipótesis conforme a la cual el derecho penal es un factor realmente la tente de socialización sobre el global curso de la vida... los controles sociales mediante el derecho penal orientado hacia una finalidad no se presentan mediante la cuestión de que no alcanza la finalidad propuesta en un marco delimitado, es decir la delincuencia". Una opinión semejante, ENGELHARDT, *Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1976, ps. 212 y ss. En la interpretación del

diciones de realización en la intimidación de potenciales autores criminales, sino en general que el derecho penal estabiliza mediante la ayuda de leyes severas la confianza jurídica de la población y de las normas sociales relativas al derecho.

Una constelación social en la que esta afirmación podría ser rebatible no es imaginable. En una semejante exégesis la teoría de la prevención general tiene buenas chances de poder llegar, con el transcurso del tiempo, a ser la determinación de la finalidad dominante del "moderno" derecho penal.

c) También el *modo de criminalidad* que preocupa intensamente en la actualidad a la conciencia jurídica de la oficialidad, al menos en la República Federal Alemana, que incita al legislador a realizar actividades acorde, favorece una interpretación preventivo-general de los deberes **del** sistema del derecho penal. Hasta hace pocos **años los** escandalosos casos criminales, vulgarmente **llamados actos** sangrientos por parte de una extraordinaria **personalidad del** autor, fueron dejados al margen de **la atención pública por** otros delitos complejos, como el **secuestro aéreo** y la toma de rehenes, el terrorismo, la **criminalidad** profesionalmente organizada (ante todo con **drogas** y armas), así como las criminalidades de medio ambiente y financiera. Todo esto está vinculado con un cambio de orientación de conceptos preventivos en la discusión política criminal. "Delito como enfermedad", "curación en lugar de penas", son estrategias de ayer. En la actualidad se trata de una "seguridad interna", "una lucha en la prevención", "construcción de una conciencia normativa social", "intimidación".

concepto "la defensa del ordenamiento jurídico", la jurisprudencia alcanza una comprensión absolutamente semejante a la disposición final preventivo general, cuando ella se refiere al "mantenimiento de la confianza jurídica de la población" (comparar, BGHSt 24, 40).



3. Estos desarrollos *alcanzan*, naturalmente, el ámbito de la aplicación de la pena. Ellos provocan acá sobre un extenso marco de decisiones jurídicas y -en el ordenamiento jurídico codificado- un *desplazamiento del campo de los deberes de la legislación y la jurisprudencia*.

La actual política criminal de la República Federal Alemana permite reconocer dos tendencias en este significativo punto de vista: ampliar el ámbito de las escalas penales del juez, por un lado, y agregarle factores de decisión preventivo generales, por el otro. Las escalas penales de numerosos tipos delictivos de la Parte Especial fueron ampliados; la posibilidad de obtener la ejecución condicional de la pena fue incrementada (§ 56 II del Código Penal alemán); así el tribunal puede tener ahora en consideración a la pena bajo determinadas condiciones (§§ 59-59 c del Código Penal alemán) o no aplicarla (§ 60 de ese mismo ordenamiento jurídico); el derecho de desistir del proceso fue ampliado de modo considerable (§ 153 a del Código Procesal Penal alemán); la pena de multa se perfecciona en manos del juez en un instrumento político social<sup>15</sup>.

No puede decirse que el juez penal haya sido favorecido ampliamente con el poder de decisión bajo el exclusivo interés preventivo-general, acá se realizan transformaciones del derecho legal en derecho judicial, las cuales obedecen a los cambios de orientación más profundos del sistema del derecho penal. Al mismo tiempo, debe señalarse que el legislador penal marca como límite de decisión, en las reformas de política criminal especialmente neurálgicas, el "interés general en la persecu-

<sup>16</sup>NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe, 1975, habla en la p. 13 de "la tendencia en el derecho penal, en particular en la nueva regulación de la pena de multa, de considerarla un primerísimo instrumento de la política económica y social".

ción penal<sup>17</sup>, en relación con la observación del punto de vista preventivo-general. Así, deberían aplicarse<sup>18</sup> cortas penas privativas de la libertad<sup>19</sup>, consideradas criminológicas, cuando la "defensa del ordenamiento jurídico" lo autoriza<sup>20</sup>. Luego de largas discusiones sobre el contenido de este vago concepto parece existir consenso en describir esencialmente las metas preventivo-generales<sup>21</sup>. Con esto queda expuesto a la opinión y ya fue mencionado en varias oportunidades<sup>22</sup>, que el legislador le impone al juez penal una misión que no puede dominar. Cómo, cuándo y contra quién es defendido el ordenamiento jurídico, decidir esto y tomarlo como referencia es deber del legislador. En el Estado de Derecho el juez no tiene competencia ni posibilidades de información que le permitan juzgar, con conocimiento en la materia, sobre el alcance y la extensión de una "defensa del ordenamiento jurídico".

### III. CONDICIONES DE REALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PREVENTIVO-GENERAL DE LA PENA

Cuanto más intensamente se extienda la idea de la prevención general como teoría de la pena y de su ejecución, tanto más aparentemente surge el interrogante

<sup>17</sup> Comparar § 153 a I 1 del Código Procesal Penal alemán.

<sup>18</sup> § 56 III del Código Penal alemán.

<sup>19</sup> § 47 I del Código Penal alemán.

<sup>20</sup> Ver NAUCKE, ob. cit., "*Verteidigung der Rechtsordnung*", *Kritik an der Entstehung und Handhabung eines strafrechtlichen Begriffs*, Berlín, 1971, en particular, ps. 47 y ss., 67 y ss.

<sup>21</sup> Comparar BGHSt 24, 40; 24, 64, así como ZIPF, *Die Strafzumessung*. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg, 1977, ps. 50 y ss. con continuadas comprobaciones.

<sup>22</sup> Fundamental y minuciosamente en HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, ps. 113 y ss., 118 y ss., 156 y ss.

de si puede satisfacer las esperanzas de política criminal que hizo despertar y bajo cuáles condiciones. Una chance, de poder responder este interrogante de forma correcta, desde mi punto de vista, existe sólo si uno se pone de acuerdo previamente sobre las diferenciaciones y las diferencias; la discusión por la utilidad de las estrategias preventivo-generales en el derecho penal sufre ahora cuestionamientos globales.

### 1. *Diferenciaciones*

a) Como se acaba de mencionar precedentemente<sup>23</sup>, se diferencian en la actualidad dos interpretaciones del concepto preventivo-general, uno de los cuales -en los seguidores de FEUERBACH- tiene como nota el impedimento de futuras lesiones de bienes jurídicos mediante la realización de una "coacción psicológica", mientras que la restante -como resultado de la aceptación de una psicología profunda y doctrinaria- persigue el mantenimiento de la profundización de un sentimiento de confianza en el derecho en la población<sup>24</sup>. Dado que ambas interpretaciones confluyen en la finalidad de la confianza en el derecho de la población, la diferenciación puede lograrse bajo algunos aspectos meramente comparativos. Ella es equiparable en sus elementos y consecuencias. Por un lado, ambas interpretaciones de la concepción preventivo-general son falsificables de distinta manera<sup>25</sup>, por el otro, ellas formulan mediante "in-

<sup>23</sup> Ver infra, II. 2. b.

<sup>24</sup> Sobre esta diferenciación en particular HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, ps. 81 y S.S.: ZIPF, *Strafzumessung*, p. 51; BGHSt 24. 40 (44). Esto ya se mencionaba tempranamente en WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 11. Aufl., 1969, ps. 3 y ss.: protección de los valores sentimentales (comportamientos) ético-sociales.

<sup>25</sup> Ver supra, II. 2. b.

intimidación de potenciales infractores del derecho" y "estabilización de normas en general de manera diferente a los profundos y amplios deberes del derecho penal". A su vez ellas, como se demostrará, extraen distintas consecuencias para la ejecución de la pena. He de denominar a la interpretación de la intimidación como "*especiar*" y a la de estabilidad normativa de "*generar prevención-general*"<sup>26</sup>.

b) La segunda diferenciación se construye sobre la distinción entre ética y experiencia, de deber y ser, y la separación de las cuestiones sobre si la intimidación en el sentido de estabilización normativa *puede* configurarse con ayuda del derecho penal y bajo cuáles condiciones empíricas puede realizarse<sup>27</sup>. He de diferenciar ética (derecho natural, derecho constitucional) de las *condiciones de realización empírico-metodológicas* de la estrategia general preventiva. Un ejemplo para la primera alternativa es el interrogante de si y cuándo la finalidad de la pena lesiona la dignidad humana<sup>28</sup>. Ejemplo para esta segunda alternativa es la cuestión de si y bajo cuáles condiciones se puede producir la intimidación o estabilización normativa fáctica<sup>29</sup>. También en esta distinción hay que prestar atención a algo especial. Existe una ostensible relación entre legitimidad y efectividad del modo, puesto que un instrumento total o parcialmente no efectivo (por lo menos en el derecho penal) sa-

<sup>26</sup> Para esto BGHSt 24, 40 (44); de modo pormenorizado BverfGE45, 187 (ps. 254 y ss.).

<sup>27</sup> Una diferenciación parecida se encuentra en ZIMRING/HAWKINS, *Deterrence. The Legal Threat in Crime Control*, Chicago London, 1973, p. 45.

<sup>28</sup> Ejemplificativo BADURA, JZ 1964, ps. 337 y ss.

<sup>29</sup> Ejemplificativo TITTLE, *Punishment and Deterrence of Deviance*, en *The Economics of Crime and Punishment*, Washington D.C., 1973, ps. 85 y ss.

crifica la legitimidad: prevención general fundamentada en la agresión a la libertad, la salud y el patrimonio del acusado resulta entonces, en todo caso, injustificada cuando los instrumentos son fácticamente ineficaces, dado que la base de la estrategia de la prevención general es -en contraposición a la teoría absoluta de la pena- la influencia fáctica sobre terceros, es decir, sobre el mundo exterior.

c) La tercera diferenciación salta a la vista, a pesar de que existen quejas<sup>30</sup> de que mayoritariamente no encuentra reconocimiento. De todas formas, en un ordenamiento jurídico como el derecho penal codificado, se configuran las disposiciones y valoraciones de la prevención general de modo distinto, según el efecto preventivo general del sistema del derecho penal que es considerado como una totalidad o, por el contrario, si ella se espera únicamente en la sentencia penal dictada por el juez, es decir, si ella es, por lo tanto, *teoría de la pena o de la medición de la pena*. Ya FEUERBACH diferenciaba claramente entre ambas y fundamentaba la primera desechando la segunda<sup>31</sup>. Esta diferenciación se vinculó con el principio de división de poderes, en especial con la relación entre ley y sentencia. Menos precisa, pero de igual manera útil, es la distinción que se realiza cuando se afirma que los límites de la medición de la pena no son proporcionados por el legislador al juez mediante los marcos penales, sino que deben ser desarrollados por éste en el marco de las discusiones en torno al derecho judicial vigente. También acá es posible señalar las agravantes preventivo-generales de la pena (y se diferencian del fundamento preventivo-general

<sup>30</sup> Así de SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, Tübingen, 2. Aufl., 1975, 3/23 (p. 59).

<sup>31</sup> *Lehrbuch*, §§ 12 y ss., 18.

del sistema jurídico penal en su conjunto) como, por ejemplo, mediante "sentencias ejemplificadoras" (*exemplary sentences*)<sup>32</sup> como respuesta a reales o supuestas transformaciones en los modos o cifras de criminalidad<sup>33</sup>. Por lo tanto, para ambos tipos de ordenamientos jurídico-penales esta distinción significa que la prevención general -como teoría de ejecución de la pena-aguarda, a partir de las sentencias de cada juez penal en particular, un efecto preventivo-general que supera el efecto que de por sí implica el fallo penal, el cual debe resultar en la intención preventivo-general desde una transformación de los resultados de la ejecución de la **pena**. Así pues, está aclarado que ella no realiza diferencia alguna para la valoración de la ejecución de la pena preventivo-general, si se comparte la opinión de que a **cada caso le** corresponde una pena justa (teoría de la **pena pautada**), o si se **le** deja al juez un "marco de juego" **entre "todavía"** y el "ya" de la pena aplicada, dentro **del cual puede** asentarse su decisión de aplicación de **pena** (*Spielraumtheorie*)<sup>34</sup>. Tampoco la "teoría del marco de juego" puede superar la comprobación de que las ponderaciones preventivo-generales son desde hace tiempo no problemáticas, hasta tanto el resultado de las decisiones sobre la ejecución de la pena no traspasen el umbral del marco permitido<sup>35</sup>: una específica aplicación preventivo general de la pena no existe hasta tanto la pena impuesta en su modo y gravedad no sobrepase un marco establecido (sea el marco jurídico penal o el judicialmente determinado "marco de juego"), sino en el mo-

<sup>32</sup> Ver WALKER, *Sentencing in a Rational Society*, 1969, p. 69.

<sup>33</sup> Ver ZIMRING/HAWKINS, *Deterrence*, p. 44.

<sup>34</sup> Para esto ahora con numerosas comprobaciones, BRUNS, *Der "Bestimmtheitsgrad" der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht*, NJW 1979, ps. 289 y ss.

<sup>35</sup> Ver STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, Tübingen, 1960, ps. 42 y ss.

mentó en el cual la pena (en la intención de efecto preventivo general) resulta de otra manera a la que hubiera resultado en caso de que esta intención no hubiese sido un factor decisivo.

Esto es lógicamente un límite analíticamente fijado en la aplicación preventivo-general de la pena; en la praxis, podría ser a menudo difícil de reconocer una decisión como preventivo-general, cuando el juez no fundamenta claramente la intención preventivo-general, sino que la encubre sin ampliar su marco de aplicación. Esta circunstancia no está, sin embargo, basada en la definición aquí propuesta de la aplicación preventivo-general de la pena, sino que, en la realidad -que es la que cuenta para la "teoría del marco de juego"-, en el actual estado de la dogmática de la aplicación, el resultado de la aplicación de la pena no puede ser comunicada y controlada en todas sus fases de determinación<sup>36</sup>.

## *2. Metodología de la aplicación preventivo-general de la pena*

Cada decisión de aplicación preventiva general de la pena implica tres requisitos, a saber: 1) que ella actúa como medio para las personas o la mayoría de las personas sobre las cuales quiere influir; 2) que estas personas o grupo de personas son motivables a través del factor que debe realizar la intención preventivo-general; 3) que el conocimiento empírico de la criminalidad, de la intimidación y de la motivación se encuentra a disposición, que permite en cada caso una prognosis confiable del efecto preventivo general.

<sup>36</sup> Parecido en BADURA, JZ 1964, p. 343; ver también HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, en ZStW 90 (1978), ps. 64 y ss. (94).

a) Indiferentemente de lo que se opina de la prevención, tanto "general" como "especial" -en estos supuestos ni la intimidación del potencial infractor ni la estabilización de la conciencia social normativa permiten establecer cuándo el círculo de destinatarios sobre el que se debe influir carece de un conocimiento actual de esta la esperanza vinculada al efecto preventivo-general-, la motivación exige obligadamente *intermediación* del elemento motivador. Esto significa, para la aplicación de la pena, que al mencionado círculo de destinatarios se le debe proporcionar la realidad del fallo, es decir, el factor preventivo general contenido en éste y la seguridad de que esta decisión de aplicación de la pena es ejemplar (por lo menos hacia el futuro).

b) El efecto preventivo general no se puede alcanzar obligadamente sólo a través de una intermediación normativa. Por lo tanto, como segunda exigencia necesaria de la aplicación preventivo-general de la pena es menester que los destinatarios se hallen informados de la decisión judicial y sean *motivados* por ella -concretamente: cuando dicha decisión conlleva el factor parcialmente preventivo-general- para la modificación del comportamiento o la estabilización normativa. Si se origina también confianza en el derecho prescindiendo de la aplicación preventivo-general de la pena, o si permanece la cifra de criminalidad igualmente amenazante a pesar de los esfuerzos preventivo-generales, como ya se señaló<sup>37</sup>, no sólo se resta el fundamento en relación a la experiencia, sino también en lo relacionado a la ética.

c) La aplicación preventivo-general de la pena es considerada como un instrumento estratégico que utiliza ciertos medios bajo determinadas condiciones de ori-



gen, los cuales deberían ser útiles para la estabilización o para la modificación de las condiciones de partida en una mencionada dirección, y posiblemente hasta en una ya mencionada extensión. Si se justiprecian falsamente las condiciones de partida (así, por ej., que las cifras de criminalidad sean distintas a las supuestas) o se confunde en la utilidad de los medios (lo que sería, por ejemplo, promover la confianza en el derecho de la población en una determinada situación más bien mediante penas leves en lugar de graves), entonces, puede ser que la finalidad preventivo-general no sólo se equivoque de meta, sino que tendría por efecto lo que precisamente quiere evitar. *Conocimientos* útiles sobre factores empíricos de la aplicación preventivo general de la pena resulta de esta manera la tercera condición necesaria.

### 3. *Experiencia de la aplicación preventivo-general de la pena*

Las condiciones de posibilidad del actuar preventivo-general son fáciles de clasificar. Ellas no son más que una paráfrasis analítica de la teoría de la aplicación preventivo-general de la pena. Con la experiencia de la aplicación preventivo-general de la pena acontece otra cosa. En este punto existen quejas<sup>38</sup> sobre la falta de conocimientos suficientes.

Este diagnóstico es correcto. También será correcto en breve tiempo porque la ausencia de información em-

<sup>38</sup> Ver TITTLE, *Punishment and Deterrence*, en particular en la p. 99, donde se extrae una única segura conclusión del efecto preventivo general de las sanciones, "estas sanciones tienen probablemente alguna capacidad preventiva bajo ciertas condiciones". Parecido CLARK/GIBBS, *Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung*, en: Lüderssen-/Sack (ed.), *Seminar Abweichendes Verhalten I*. Frankfurt am Main, 1975, p. 179; ZIPF, *Strafzumessung*, p. 48.

pírica en el marco de la prevención general no es casual, sino que es causada mediante una condición estable relativa. La *chance* aprovechada por Jórge TROLLE en 1944, en Copenhague, para estudiar, sin intervención policial, las modificaciones de las cifras de criminalidad durante siete meses es muy rara para la criminología<sup>39</sup>. Los efectos preventivo-generales de ciertas medidas penales (incluso de los efectos de las medidas penales en su totalidad) no se aislan empíricamente de los efectos de control social. Quizás se pueda excluir mentalmente las variadas influencias producidas por las normas jurídico-sociales y las sanciones, pero experimentalmente no se puede evitar ubicarlas en una relación metódica de causa y efecto.

De igual manera, es posible realizar algunas afirmaciones para la experiencia de la aplicación preventivo-general de la pena que son importantes y llenas de sentido **para** las teorías y la praxis de la aplicación de la pena, **si se** consienten las diferenciaciones ofrecidas<sup>40</sup>. En **el actual estado** de la discusión y la investigación, es **trascendente poner** en juego la relación existente entre **el conocimiento real** vinculado con las oportunidades **ofrecidas por la** aplicación de la pena y el hecho de **trabajar respecto de** algunas hipótesis.

a) En lo relativo a la *intermediación* de los factores preventivo-generales en los destinatarios, es menester diferenciar entre criminalidad "general" y "especial". Ante todo, el derecho penal accesorio (derecho de las sociedades por acciones, comercio de comestibles, producción de energía o de intermediación de viviendas) se dirige hacia un grupo particular de posibles autores que frecuentemente están vinculados profesionalmente en-

<sup>39</sup> Ver sobre esto ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, Michigan, 1974, ps. 16 y ss.

<sup>40</sup> Ver supra, III. 1. desde a. hasta c.

tre sí, sea a través de jornadas, capacitaciones laborales o mediante revistas especializadas. En esta criminalidad especial es posible solucionar, bajo las mencionadas disposiciones, el problema de la intermediación. Lógicamente habrá que prestar atención a las constantes y completas informaciones sobre el desarrollo de la jurisprudencia penal (algo regularmente informado en las revistas especializadas) y que ellas alcancen a un círculo de autores suficientemente amplio.

El problema de la intermediación se agrava cuanto menor es la comunicación profesional del específico círculo de autores. Acá podría enumerarse el comercio con armas y drogas -siempre y cuando permanezcan en grupos reducidos- donde la criminalidad especial, en el sentido empleado, es decir, mientras este grupo, o sea sus miembros individuales, estén informados sobre la respectiva jurisprudencia penal y se la comuniquen entre sí. El problema de la intermediación sería insoluble -bajo las actuales y futuras condiciones de los medios de comunicación masivos- en el marco de la criminalidad general, sin un específico círculo de autores profesionalmente comunicado. En el caso del violador, del golpeador, del homicida y también del ladrón habitual, se transmite la jurisprudencia penal mediante los medios, y por esto existe una llamativa distorsión. La observación directa en el tratamiento principal, también a partir del papel del acusado, no es una base de información confiable para una permanente y objetiva intermediación correcta de factores generales preventivos. La sociología de los medios<sup>41</sup> no se cansa de descubrir

<sup>41</sup> Ver las contribuciones de KATZ/LEVIN/HAMILTON, HOVLAND, DONOHEW y RAGER en Badura/Gloy (ed.), *Soziologie der Kommunikaton*, Eine Taxtauswahl zur Einführung, Stuttgart, 1972, ps. 25 y ss., 57 y ss., 109 y ss.; SILBERMANN/KROGER, *Soziologie der Massenkommunikation*, Stuttgart, 1973, en particular, ps. 38 y ss.

siempre nuevos mecanismos seleccionadores, comenzando por las decisiones de redacción sobre el modo de la informada praxis del caso (que puede ser una selección típicamente delictiva o autoral), sobre la selección de los comunicadores sociales bajo el punto de vista de la apariencia, cuáles aspectos del tratamiento y del caso corresponden al interés del lector, incluso hasta la selección cognitiva a través del mismo lector. La valoración de ANDENAES<sup>42</sup> de que el público no percibe decisiones aisladas sino " *substantial changes*" (cambios sustanciales), desde este punto de vista es bastante optimista. La prevención general especial fracasa ya en el marco de la criminalidad general en la intermediación. Si la aplicación general preventiva de la pena en la inteligencia de la estabilización normativa, es decir la **prevención** general en su conjunto, es intermediaria, en **la actualidad** no se puede considerar concluyente, pero **se enfrenta** con algunos reparos. La realidad es *de que la conducta* criminal será confrontada con investigación, **denuncia**, tratamiento principal y sentencia penal, lo cual se hace, lógicamente, como factor preventivo-general. El problema de la intermediación de la *aplicación* preventivo-general se presenta esencialmente mucho más preciso, acá se trata justamente de la intermediación del factor, el cual se añade al interés preventivo-general de la decisión. Esta intermediación podría lograr, en el caso de la permanente praxis preventivo-general, un ámbito que goza de gran interés público. Posiblemente sean un ejemplo las sentencias penales dictadas contra los terroristas.

b) Aún más condicionado, en la actualidad, a la especulación, como en el caso del problema de la intermediación de la prevención de la aplicación general de la

pena, es el de la *motivación*. Si habían sido todavía posibles diferenciaciones y resultados relativos a la intermediación de la aplicación intimidante de la pena, ahora se está obligado a elaborar hipótesis que relacionen los conocimientos empíricos de la motivación mediante normas y sanciones con el fenómeno de la aplicación de la pena. Esta cuestión lleva, consecuentemente, al efecto preventivo general de las penas más severas.

Ante todo, fue ANDENAES el que impulsó y registró, en este ámbito, la investigación. De este autor proviene la esclarecedora comparación de que en todos los tiempos (religiosos) existieron seres humanos que arriesgaban el eterno fuego infernal para disfrutar de alegrías terrenales, mientras todavía viviesen<sup>43</sup>. Esta referencia a las personas que no calculan o lo hacen de forma equivocada<sup>44</sup> caracteriza los actuales resultados de la investigación sobre el efecto de la amenaza de pena. Aproximadamente es seguro que ni la abolición de la pena de muerte permita incrementar la cifra de criminalidad en el caso de los homicidios, ni que la sensible agravación de la amenaza de pena disminuya para siempre las infracciones del tráfico vehicular<sup>45</sup>. De un modo curioso, hasta fracasó en su resultado un experimento al cual, a primera vista, se le había adjudicado un particular efecto preventivo general: en colaboración con las autoridades policiales, los diarios de Frankfurt informaron a sus

<sup>43</sup> ANDENAES, ob. cit., p. 55, comparar principalmente ps. 54 y ss; también este autor, *General Prevention Revisited and Policy Implications*, en: *The Journal of Criminal Law and Criminology* 66 (1975), ps. 344 y ss., 351 y ss., 357 y ss.

<sup>44</sup> Hacia una concepción de la prevención general sobre fundamentos económicos ("costos" del delito y el control social), ver en esta dirección PHILLIPS, *Crime Control: The Case for Defense* en *The Economics of Crime and Punishment*. Washington D.C., 1973, ps. 65 y ss.

<sup>45</sup> Comprobado en KAISER, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, Heidelberg, 3. Aufl., 1976, ps. 143, 330 y ss.

lectores, durante meses, cuáles eran las calles en que la policía de tránsito iba a medir la velocidad vehicular con radar, sin haber podido reducir las infracciones de exceso de velocidad en esa zona<sup>46</sup>.

Dado que acá se trató únicamente de los efectos de las decisiones de *aplicación* sobre conductas, los problemas empíricos de la teoría preventivo-general de la pena no son discutidos en su generalidad. El interrogante presentado acá es más concreto. En un sistema penal codificado con límites penales máximos, previstos jurídicamente, las posibilidades de la agravación motivadas preventivo-generalmente son limitadas. Pero también un sistema jurídico judicialmente organizado tiene en cuenta, en la determinación de la pena, para el caso particular, valoraciones normativas y sociales del **valor** del bien jurídico lesionado, es decir, despreciando el **hecho** en particular<sup>47</sup>, el interés preventivo-general **puede** realizarse de modo acotado en la agravación de **la pena**.

En este marco se debe aceptar aun más el reconocimiento de la criminología para las teorías preventivo-gerales de la pena y de la aplicación de la pena y, consecuentemente, diferenciar sus hipótesis. Muchas veces se remarca que la prevención general exige siempre a una persona "calculadora", que sopesa los beneficios y

<sup>46</sup> El anuncio del punto de control de radar fue suprimido a fines de octubre de 1978 porque de acuerdo a las observaciones de la policía de tránsito en este punto de control las cifras de colisiones no aumentaron, sino que incluso decrecieron, -las cifras de motorización continuaron. Según la interpretación de los jefes de la policía de tránsito, el "típico conductor corredor" no es una persona motivable: "conduce de modo veloz porque siempre maneja así" ("*Frankfurter Rundschau*", del 28.10.1978, Nr. 241).

<sup>47</sup> En particular para esto HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutsklehre, Frankfurt am Main, 1973, en especial ps. 221 y ss.

perjuicios de su accionar<sup>48</sup>. Esto es al menos sintéticamente. La descripción del sujeto actuante se completa recién con el interrogante de si y bajo cuáles condiciones también puede realizarse el cálculo. Esto no es una trivialidad, como se demuestra inmediatamente al tener en cuenta que la aceptación de normas no implica directamente su observancia.

Para las teorías preventivo-generales de la pena y de la aplicación de la pena, es significativo lo que descubrieron SPERGEL, en el marco de la "*blue collar Kriminali-táf*, sobre las diferentes opiniones de bandas frente a las normas<sup>49</sup>; SHORTy STRODTBECK, en el trabajo normativo en procesos grupales<sup>50</sup>, o lo que la criminología denomina -ante todo a continuación de SYKES y MATZA<sup>51</sup>- "técnicas de neutralización": estas tres direcciones de investigación se basan en la tesis de que en todos los casos en que las personas que viven en subculturas criminales y mal socializadas realizan una asimilación normativa que debe ser tomada en consideración si se quiere hacer una afirmación sobre la motivación mediante normas o amenazas de pena. Relacionado con esto, las investigaciones de SPERGEL dejan abierto que en diferentes medios criminales existen diversas y profundas brechas entre la orientación en las normas dominantes y los comportamientos criminales; en la tesis de SHORT y STRODTBECK se encuentran explicaciones complementarias para los fenómenos de que la juventud delincuente y no delincuente está de acuerdo, de forma amplia, en

<sup>48</sup> Ver, para esto DOLCINI, *La Commisurazione della Pena*. La pena detentiva, Padova, 1979, p. 236; crítico ANDENAES, *General Prevention*, ps. 340 y ss.

<sup>49</sup> SPERGEL, *Racketville, Slumtown, Haulburg*, Chicago, 1964.

<sup>50</sup> SHORT/ STRODTBECK, *Group Process and Gang Delinquency*, Chicago, 1965.

<sup>51</sup> SYKES/MATZA, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, en *American Sociological Review* 22 (1957), ps. 664 y ss.

normas y metas, de qué y cómo los jóvenes delincuentes en procesos grupales tienen una discrepancia típica con las normas, en su aspecto más profundo y con su conducta. Mediante las técnicas de "neutralización", finalmente están descriptos los procesos de formación de modo particular, los cuales conducen hacia una práctica -aunque también *lábil*-concordancia entre orientación y conducta.

Semejantes reconocimientos no están de ninguna manera delimitados en subculturas criminales de origen "clásico". Palabras claves como "moral limitante" y "dependencia" de normas grupales, "psicología de finanzas y competencias"<sup>52</sup> señalan estructuras y procesos de formación de normas y estabilización normativa en autores penales económicos, los cuales contraponen por lo menos una resistencia a una motivación, a través de la amenaza de pena; también el autor "socialmente adaptado" subyace -justamente a través de su adaptación profesional- en mecanismos que podrían ser resistentes contra esfuerzos preventivo-generales.

Se deduce de esto, para empezar: una sentencia fundamentada en efectos preventivos generales de la aplicación de la pena sólo es posible cuando están aclaradas las estructuras sociales de formación y estabilización de normas, en las cuales subyace el grupo de personas al que se le remite la decisión de la aplicación de la pena, con una intención preventiva general. Actualmente no se puede discutir que un conocimiento semejante se encuentre a disposición. Mientras que la investigación criminológica no trabaja sobre este conocimiento y tampoco lo sistematiza; mientras que la teoría de la

<sup>52</sup> Ver, con ejemplos, LÜDERSSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle. Abduktion und Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozeß*. Eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht, Frankfurt am Main, 1972, en particular ps. 167 y ss.



aplicación de la pena no integra tal conocimiento, no se puede responsabilizar de esto a la aplicación preventi-vo-general de la pena; puesto que ésta se basa en la esperanza de un efecto del cual nadie pueda decir si y cuándo se realiza.

c) En el supuesto de la tercera exigencia necesaria que se relaciona con el saber sobre las condiciones del punto de partida e instrumentos de aplicación preventi-vo-general de la pena, únicamente se necesitan pocas referencias. Hasta acá ya se mostró que la investigación empírica para la intermediación del factor preventivo-general al determinado círculo de destinatarios, así como respecto de la motivación de este círculo a través del factor preventivo general en su conjunto, no brinda ninguna información suficiente. En este lugar surge la cuestión de vincular más estrechamente el conocimiento suficiente para la aplicación al problema de la *decisión de la aplicación*.

Lo mismo si uno pudiera partir -y las reflexiones realizadas hasta ahora permiten que ello pueda ser factible para algunas cuestiones- de que el conocimiento empírico es completo para la intermediación y la motivación; lo propio ocurre cuando las respectivas condiciones del punto de partida de una decisión preventivo-general son conocidas, por lo tanto, el respectivo campo oscuro está aclarado, pero la aplicación preventivo-general de la pena estaría frente a otro inconveniente: el problema de la disponibilidad de este conocimiento.

El legislador y el Tribunal constitucional<sup>53</sup> de la República Federal Alemana tienen en consideración en este momento - en vías de la orientación de crecientes con-

<sup>53</sup> Ver la sentencia sobre la constitucionalidad de la pena de reclusión perpetua, completamente impresa en EuGRZ 1977, ps. 267 y ss. y en BverfGE 45, 187.

secuencias totalmente consecuentes- la oportunidad de adoptar específicas decisiones generales y permitir la presencia de los expertos en el material empírico de HEARING. Se traspasa este ejercicio sobre la situación del juez del caso en el proceso penal, por lo tanto con esto se menciona el problema de la jurisprudencia orientada hacia las consecuencias.

La discusión sobre la orientación de las consecuencias del sistema jurídico no fue tomada acá en cuenta<sup>54</sup>. Para el problema de la aplicación preventivo-general de la pena, alcanza la objeción de que las posibilidades de las disponibilidades sobre el conocimiento empírico, dentro del proceso penal, son desproporcionadamente menores que en los procesos legislativos y de control del normas.

El juez penal actúa bajo leyes de obtención de información completamente distintas a las del científico o también a las de los legisladores. El juez está bajo la presión de decisiones, por eso debe decidir cuestiones aún en el caso de que no pueda examinar con exactitud y en su totalidad las respuestas (coetáneamente). El ordenamiento procesal le prohíbe utilizar al juez todos los medios de obtención de información; la búsqueda de la verdad en el proceso penal concluye particularmente con los intereses tutelados del acusado<sup>55</sup>.

Por lo tanto, se profundizan desmedidamente las dificultades metodológicas de toda prevención y dominio de consecuencias, en el caso del juez penal: la falta de conocimientos precisos sobre las condiciones de partida

<sup>54</sup> Ver en especial, LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, ps. 31 y ss.; LILIAN, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Methodenorientierte Vorstudie*, Frankfurt am main, 1974, ps. 211 y ss.

<sup>55</sup> En este caso sobre todo KRAUB, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im StrajprozeP*, en Festschrift für Schaffstein, Gottingen, 1975, ps. 411 y ss.

de su actuación estratégica (o sea las cifras de criminalidad y sus proyecciones); la falta de conocimientos existentes sobre la selectividad y resultados del proceso de intermediación; la falta de una adecuada valoración de la orientada motivación del círculo de destinatarios, es hasta ahora, con seguridad, una apelación a las consecuencias preventivo-generales de una sentencia penal que no tiene empíricamente un fundamento suficiente.

#### IV. LEGITIMIDAD DE LA APLICACIÓN PREVENTIVO-GENERAL DE LA PENA

##### 1. *Legitimidad y experiencia*

La relación entre el sistema de derecho penal y la experiencia es precaria<sup>56</sup>. La historia del derecho penal parece comprobar que el conocimiento empírico no es necesario o no es absolutamente útil para la predisposición de actuaciones penales: el control de los comportamientos desviados a través de los medios del derecho penal es más antiguo que las ciencias sistemáticas de la persona humana y de la sociedad<sup>57</sup>. En un tiempo pasado era válido que el control del derecho penal fuera posible sin conocimiento empírico asegurado.

Este diagnóstico tiene también un apoyo para la actualidad. Al legislador se le puede comprobar que -de modo ostensible sin cualquier consecuencia perjudicial-realiza afirmaciones empíricas sin conocimiento empíri-

<sup>56</sup> Pormenorizado para esto HASSEMER, *Tkeorie und Soziologie des Verbreckens*, ps. 12 y ss. ; 100 y ss. ; 111 y ss.

<sup>57</sup> Este hecho preparó FOUCAULT para la hipótesis de que la ciencias humanas tenían una vinculación originaria también en el desarrollo del sistema de derecho penal [*Uberwacken und Strafen. Die Geburt des Gefángnisses*, Frankfurt am Main, 1977, ps. 392 y ss.

co suficiente<sup>58</sup>. El tratamiento benévolo de la jurisprudencia penal mediante condiciones de partida y consecuencias sin fundamentación metódica trajo aparejado el reproche de que esta fundamentación se basaba en "teorías cotidianas" en lugar de un conocimiento seguro<sup>59</sup>. Además, está claro que una sentencia sobre la relevancia del conocimiento empírico dentro del sistema del derecho penal, de por sí, es no empírico: la afirmación de que el sistema de derecho penal debería trabajar de modo suficiente con el conocimiento empírico debe ser justificada; ella no resulta por sí sola.

Debería ser difícil de determinar hoy en día básicamente la relación entre el sistema del derecho pena y la experiencia. En esta afirmación sería incorporable la modificación a largo plazo de un esquema cognitivo y socialmente normativo, cuya indicación en la "racionalidad" del trato social<sup>60</sup>, conforme la destrucción del punto de orientación trascendente, llama la atención sobre la "realidad" de este lado y en esto se afirma la permanencia de un estricto método de observaciones y deducciones. No sólo las influencias del siglo XIX respecto del concepto de ciencia, sino también el *ethos* laico del Iluminismo serían factores de una determinación de relaciones entre el derecho penal y la experiencia.

Semejantes reflexiones básicas no inducen, por suerte, al problema de la aplicación preventivo-general de la pena. Aquí puede basarse la valoración de la legitimidad de suposiciones empíricas no aseguradas sobre una tesis de vagas proposiciones: ilegítima es, de todas . formas, la decisión de aplicación de la pena, cuando ella

<sup>58</sup> Más próximo HASSEMER, *Strqfrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, ps. 68 y ss.

<sup>59</sup> Ver OPP, *Soziologie im Recht*. Reinbeck bei Hamburg, 1973, ps. 55 y ss.

<sup>60</sup> Para esto ahora SCHÜTTE, *Rationalität und Erfahrung*, en *Soziale Welt*, 1979, ps. 70 y ss. 85 y ss.

se basa en una afirmación empírica que no es comprobable según la metodología de la ciencia empírica determinada.

Detrás de esta tesis se encuentran dos suposiciones básicas. La primera de ellas consiste en que la agresión a la libertad, a la salud y/o al patrimonio de un camara-da del Derecho no debería estar justificada sólo parcialmente sino en su totalidad, a través de normas que están incorporadas mediante hechos, y en caso de no hallar ninguna norma justificante, entonces, son una valoración incorrecta de la realidad, de esta forma, la agresión no está fundamentada y, por ende, es ilegítima.

La segunda suposición consiste en que una sentencia entendida de modo preventivo no puede disponer para sí de la preferencia de la "moderna" finalidad sin pagar el precio de una estricta metodología que demanda esta preferencia. Esta suposición básica no se refiere sólo a leyes fundamentales de metodología científica, según las cuales las afirmaciones deben reducirse a partir de la parte que no permite fundamentarse (y con esto posiblemente ganar en su totalidad). Ella se refiere más enfáticamente a la ley fundamental de actuaciones práctico-normativas por la cual no deben ser confundidos libremente, en cada caso, los menoscabos de los ca-maradas del Derecho en los intereses comunitarios o estatales<sup>61</sup>.

Una decisión de aplicación de pena motivada de modo preventivo, que descansa sobre una base empírica no asegurada, no corresponde a este postulado. Más aún, el perjuicio provocado por esto es considerable. Bajo la falsa bandera de la adaptación en una "moderna" muestra para la solución de problemas sociales se dejan subordinar sin mayores esfuerzos factores que las

<sup>61</sup> Ver también HASSEMER, ZStW 90 (1978), ps. 98 y ss., así como ENGELHARDT, *Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft*, p. 291.

contradican. Irritación, desprecio, envidia y condenas morales. Una decisión que toma en cuenta bienes jurídicos individuales, como ocurre en la aplicación de pena, es insostenible no sólo científicamente por el incompleto fundamento empírico, sino también de un modo normativo y práctico.

A más tardar surge acá el interrogante sobre por qué los tribunales insisten sobre la admisibilidad (y posibilidad) de la aplicación preventivo-general de penas, a pesar de estos problemas irresueltos. Dicho de otra manera, si los propios tribunales creen en los efectos pre-ventivo-generales que subordinan obligadamente su praxis.

Según mi impresión, la praxis no concibe tan precisamente a la teoría preventivo general, como debería concebirla. A la par de esta expectativa de que el esperado círculo de destinatarios sea influenciado de algún modo favorable, es decisivamente relevante otro factor al que se lo puede denominar "simbólico": mediante penas severas, en una situación normativa amenazante (infracciones de tránsito, delitos de estupefacientes, terrorismo, saqueos de negocios), el sistema del derecho penal simboliza que puede responder a la situación, que ella "lo domina", que está "presente" y que comprende las señales de la época<sup>62</sup>.

El factor simbólico no cambia en nada la problemática de la legitimidad; en todo caso, se puede afirmar que la recrudece aún más. Puede considerarse que este efecto simbólico no necesita del ropaje de la confusión, mientras que se muestra como una praxis general preventiva. El sistema de derecho penal podría tener, en su conjunto, también una función simbólica: la agravación

<sup>62</sup> Insinuaciones en un sentido parecido se encuentran en TITTLE, *Punishment and Deterrence*, p. 100, y en DOLCINI, *La commisurazione dellapena*, p. 248.

de la pena en un caso individual no puede cumplir esta función, salvo que quiera exponerse a estas objeciones constitucionales y severamente éticas<sup>63</sup>.

## 2. *Sobre el futuro de la aplicación preventivo-general de la pena*

Con esto se comprueba que, en todo caso, la prevención general "especial" está actualmente frente a problemas empíricos y metodológicamente insolubles que discuten su legitimidad<sup>64</sup>. Si lo he considerado correctamente, en la actualidad, la tendencia de la política criminal apunta más bien hacia la prevención general en su dimensión "general", la que enfoca la estabilización de la conciencia del derecho y no la intimidación. Finalmente, resta saber qué aspecto tendría la teoría y la praxis de una prevención en la aplicación de pena en su dimensión "general".

El paso hacia una prevención general en su dimensión "general", en el ámbito de la aplicación de la pena, modifica esencialmente tanto los problemas como las perspectivas.

Metodológicamente, la prevención general de la aplicación de la pena exige también una intermediación con el destinatario, cuya motivación es una aplicación del conocimiento en el decisor. Pero, empíricamente, la situación es completamente distinta que en la prevención intimidante. Ya es dudoso si la teoría de la prevención

<sup>63</sup> Ver, en particular, BADURA, JZ 1964, ps. 337 y ss.; NAUCKE, *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*, en este trabajo, bajo IV. 1 y 2.

<sup>64</sup> En el resultado, esto aparece ser también la opinión mayoritaria en la doctrina; comparar respectivamente con comprobaciones, BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, ps. 245 y ss.; ZIPF, *Die Strafzumessung*, ps. 48 y ss.; DOLCINI, *La Commisurazione dellapena*, ps. 246 y ss.

general, en su dimensión general, se entiende como empírica en el más sentido estricto de que ella realiza prognosis sobre el efecto de instrumentos, en las condiciones de partida dadas. En todo caso, no contiene una afirmación que sería examinable actualmente según las leyes del método científico. Puede tenerse la esperanza, aunque no sea comprobable, de que la aplicación de pena construye y fundamenta las normas sociales en su correcta dirección.

Mientras no se pueda comprobar el cumplimiento de esta expectativa, ella no constituye ninguna base idónea, de acuerdo con los motivos señalados, para una agravación punitiva en casos individuales. Por lo tanto, aquello que fue elaborado para la agravación de la pena en el interés de la intimidación es válido para la agravación de pena en el interés de la estabilización de normas con una reafirmación aumentada. Además de que un aspecto está contenido en la idea de la prevención general en su dimensión "general", no está previsto en la teoría de la prevención de la intimidación, lo que también puede ser fructífero para la aplicación de la pena.

La teoría de la prevención general, en su dimensión "general", se basa en una concepción del sistema penal que tributa al correcto reconocimiento de la ciencia social moderna y que comienza a imponerse en la teoría del derecho penal<sup>65</sup>: el sistema de derecho penal no es, de acuerdo con esto, una institución para la imposición (fragmentaria) de normas esenciales, sino es una institución de control social que, a la par de otros ámbitos de control social (la familia, la escuela, la profesión, los medios de comunicación, etcétera), trata de imponerse con instrumentos de estructura semejante. Asimismo,

<sup>65</sup> Para esto y sus consecuencias, HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, en particular ps. 127 y ss., 133 y ss., respecto del concepto de formalización de la elaboración del conflicto.



la teoría de la prevención general, en su dimensión "general", coloca la atención con toda justeza en que la disposición, el cambio y la imposición de normas con los medios del derecho penal deben tener efectos sobre otros ámbitos normativos sociales.

Este concepto es incompleto, porque tiene en cuenta únicamente la generalidad penal con otros controles sociales, pero no consideran las especialidades del sistema del derecho penal, las que extraen a éste de los restantes ámbitos de control social y que fundamentan su legitimidad. El control social de comportamientos desviados, mediante el derecho penal, está en un modo específico ligado, formalizado: para la garantía de los derechos fundamentales elementales del desviado, la instancia del control del sistema del derecho penal está ligada a normas <sup>66</sup>, las que disminuyen la rapidez, la espontaneidad y la efectividad inmediata del control social. La dignidad del control penal está compuesta por reserva, precaución, distancia y preocupación por los derechos del controlado.

Si esto se traspola a la aplicación de la teoría de la prevención general, se hace visible que esta teoría todavía no se liberó de las limitaciones a las cuales está su-bordinda la teoría de la intimidación. Si se supone, como lo hace la doctrina de la estabilización normativa, a través del derecho penal, que el accionar penal influye en la conciencia jurídica de la población, entonces es incorrecto esperar la influencia favorable únicamente a partir de una agravación de las penas respecto de la imposición de una pena privativa de libertad en lugar de una pena pecuniaria, o de una renuncia a la interrup-

<sup>66</sup> Pormenorizado para esto HASSEMER - STEINERT - TREIBER, *Straf-gesetzgebung. Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber*, en Hassemer - Lüderssen (ed.), *Sozial-wissenschaft im Studium des Rechts*, ps. 52 y ss.

ción de la pena. La defensa del ordenamiento jurídico como meta de la prevención general, en su dimensión general, podría generarse por mayor tiempo sobre la reserva en el ámbito penal, en lugar de una intervención apresurada y severa. La renuncia a los juicios penales, que superan asombrosamente el actual ámbito de medición, y a una clara indicación del legislador al juez penal sobre la modalidad de una "defensa del ordenamiento jurídico", podrían ser condiciones para un fortalecimiento de la confianza de la población en el ejercicio del derecho penal. Si la praxis de la aplicación de la pena toma por conocimiento en su totalidad a la prevención general en su dimensión general, es legítima la aplicación preventivo-general de la pena hasta aquel momento donde sea posible una valoración precisa, basada en un conocimiento empírico asegurado.

## LA FUNCIÓN PREVENTIVO-GENERAL DEL SISTEMA DEL DELITO

Por KLAUS LÜDERSSEN

"Por la prevención general uno no debe preocuparse"<sup>1</sup>. Esta enormemente irreflexiva frase de Eduard KOHLRAUSCH, al que le debemos agradecer también el dictamen sobre la necesaria ficción estatal de la culpabilidad<sup>2</sup> -que produce sentimientos ambivalentes- no tuvo eco. Permanentemente se ha cuestionado la propia función de las consideraciones, las normas y las acciones preventivo-generales, a pesar de las variadas interrupciones, y hoy en día más que nunca se habla sobre esto. Por un lado, porque crece el pensamiento penal orientado hacia la efectividad con la creciente influencia de las ciencias sociales que trabajan empíricamente y disminuye el enmascaramiento de la política real, y, por otra parte, la prevención general aparenta ser suficiente de una manera más significativa y abarcadora para

<sup>1</sup> Eduard KOHLRAUSCH, *Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs*, en *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, Neue Folge, tomo 3, 22. Tagung der Deutschen Landesgruppe zu Karlsruhe vom 11.-13. September 1927. Berlín und Leipzig, 1928, ps. 5 y ss. (14).

<sup>2</sup> KOHLRAUSCH, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, en *Festgabe für Karl Güterbock*, Berlín, 1910, ps. 1 y ss. (26): "De esta manera el 'poder' (Können) general es realmente una condición de todo juicio de imputación, pero el poder individual se convierte en una necesaria ficción estatal".

esta pretensión. Por el otro lado, porque la sensibilidad por la deferencia a la autonomía del individuo está más marcada y justamente parece que la prevención general lesiona esta pretensión. ¿Es un aspecto parcial del cuadro de la separación que se presenta entre el Estado de Derecho (en lo que respecta a las garantías de la libertad ciudadana) y el Estado social (en lo que respecta a la formación social activa)? De todas formas, parece ser como si también en este campo los movimientos progresistas no transcurrieran de modo paralelo sino que se obstruyeran mutuamente, o quizás hasta se excluyeran. En adelante intentaré aclarar si esta impresión es auténtica, y con esto realizar una contribución para los esfuerzos, tan necesarios para nuestra época, de conjugar las necesidades sociales y las liberales. Se trata de -y no como se escucha repetidamente, como lo pone de relieve en la actualidad Helmut SCHELSKY<sup>3</sup>- una decisión para una de ambas necesidades. Quizás es el debate sobre la prevención general lo más apropiado para aclarar un poco más este punto.

## A

I. La problemática surge con el hecho de que el ingreso de la prevención general está ligado a menudo a la representación de que básicamente cada forma de responsabilizar -aun la más excesiva- sea un medio idóneo para el alcance del fin de la valoración del sistema normativo en particular<sup>4</sup>. No se puede afirmar con

<sup>3</sup> Helmut SCHELSKY, *Der selbständige und der betreute Mensch*, Frankfurt/Main/Berlín/Wien, 1978, ps. 13-48, ver para esto también la noticia en "Die Zeit", del 9/2/1979, p. 11.

<sup>4</sup> Christian SCHOENEBORN, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 88, (1976), ps. 349 y ss (351), con numerosos ejemplos.

seguridad que "la punición de anormales no podría ser útil para el mantenimiento de la fidelidad jurídica del círculo de normales destinatarios"<sup>5</sup>. Para incrementar el efecto de la intimidación se recomienda prescindir completamente de la limitación de la sanción en ciertos casos y únicamente establecer los motivos de su aplicación<sup>6</sup>. "Al concepto de la prevención general correspondería 'más bien un proceso estigmatizador', es decir (...) un proceso desinteresado ampliamente de la búsqueda psicológica de la verdad"<sup>7</sup>. Mientras no sea el autor sino la comunidad, la destinataria del derecho penal y, por lo tanto, el derecho penal el instrumento "de mantener bajo control los afectos colectivos que fueron causados mediante sucesos delictivos", "las necesidades punitivas despertadas por la publicidad deben ser canalizadas y satisfechas", así sean mediante "conceptos tales como dolo, intención y móviles" sin "significado psicológico particular, están únicamente para transportar al derecho penal determinadas representaciones colectivas de la psiquis del autor"<sup>8</sup>. Si se pretende que la "trampa normativa" debe ser efectiva, ella debería ser tan poco clara que la propia conducta se transformara

<sup>5</sup> SCHOENEBOERN, ídem.

<sup>6</sup> Así la asociación laboral de los consumidores con relación a la pena de multa según el § 48 del proyecto de protección de ley de la misión del congreso (para esto Wolfgang HEINZ, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln* -bajo especial con sideración del 1. WiKG, en *Goldammer's Archiv*, 1977, ps. 193 y ss. (198)-.

<sup>7</sup> Herbert JAGER, *Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung*, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreferate*, 1978, ps. 296 y ss., p. 302.

<sup>8</sup> JAGER, ob. cit., p. 303 -esta criticada posición (en separación con Bernhard HAFFKE)-; ver en lo demás al propio HAFFKE en su trabajo: *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau/Frankfurt/Main, 1976, ps. 76, 119, 103, 127, 138/139, 142/143, 154, 156 y 171.

en imprevisible, de tal manera que *aparezca* una abarcadura y fatalmente motivada conducta evitable <sup>9</sup>. Finalmente, resulta válido para el efecto de la prevención general que la intimidación mediante punición funciona sólo cuando cierta parte de ruptura de la norma permanece sin descubrir, es decir, que la desigualdad de la reacción no se toma en cuenta como un mal inevitable, sino como algo calculado conscientemente.

Estas posiciones tienen la particularidad de que presentan dificultades respecto del interrogante sobre si la sanción de aquel que lo debe padecer pueda estar justificada. Esto es ostensible en vista de la atribución de responsabilidad, desprecio de la búsqueda de la verdad psicológica y la internación de anormales, es decir, los inimputables. Por lo contrario, en la prescindencia de los estrictos límites de sanción, se podría edificar sobre esto que los motivos de aplicación respecto de los casos particulares pueden ser seleccionados en virtud de la imputabilidad personal comprobada. Sin embargo, está ausente para esto la garantía de que las diversas necesidades preventivo-generales (que se exhiben en un caso particular) permanecen dentro de un cierto marco, que está precalculado en miras de una responsabilidad personal aceptada como regla. Lo mismo resulta válido para la prevención general que trabaja con las "trampas normativas" poco claras. A esto se agrega que falta aún el esfuerzo, o por lo menos no juega un *rol* muy importante, de trabajar con normas que están calculadas para alcanzar su realización, de manera que la constructiva y con esto preventivo-general manipulación motivada alcanza para responsabilizar; en otras palabras, ella no cuestiona el esfuerzo del individuo, sino que para

<sup>9</sup> Heinz STEINERT/Hubert TREIBER, *Erziehungsziel: Soldat* en: E. Klüss und H. Grossmann (ed.), *Unternehmen Bundeswehr, Zur Soziologie des Streitkräfte*, Frankfurt/Main, 1974, ps. 103 y ss. (109).

ello la responsabilidad ficticia es la medida, cuya manipulación no puede ser justificada frente al afectado.

La cifra negra calculada es, finalmente, una aprobación de un tratamiento desigual que podría intentar justificar, quizás por este índice frente al afectado por la pena, que una pretensión de tratamiento igualitario existe naturalmente, mientras sean tomados para la comparación actos legítimos, lo que excluye los actos injustos, porque ellos están en contra del principio de legalidad.

Contra esto se dice que la no persecución parcial se toma como meta, porque justamente ella debe colaborar con el efecto preventivo general, es decir, es cubierta por la finalidad de la pena. Si mientras tanto el castigo recibe recién su sentido definitivo, que otros -que actuaran de igual forma- no sean castigados, de esta manera el afectado no tiene en cuenta por qué recae sobre su persona la elección y por qué precisamente él debe estar obligado a aceptar la pena, más bien debe tener en cuenta que no es castigado por sí mismo (otro hubiera podido realizar gustosamente esa función) sino como un mero medio para una finalidad existente que trasciende a su persona. Para que esto no ocurra, se recurre a los derechos humanos previstos constitucionalmente. Sobre esto existe consenso general. Posiblemente nadie habría aceptado, en el comienzo del siglo, cuando las discrepancias entre la escuela penal clásica y la sociológica no llegaron a gozar de una victoria definitiva, que el transcurso del tiempo desembocaría en la imposición del pensamiento de la finalidad en el derecho penal, lo cual hizo que algunas décadas posteriores, merced a la experiencia del Estado totalitario, se tomara como válida una fuerte y enérgica conciencia política de la autonomía del individuo -lógicamente apoyada desde el gobierno de la psicología de las personas- meta que nunca abarcó las ciencias sociales modernas, en particular

la psicología en general, el psicoanálisis, la psicología social y las teorías de la comunicación y del lenguaje.

Esta actualización y depuración de las más significativas nociones básicas de KANT, de que el ser humano no debe ser mezclado dentro de los objetos del derecho de cosas<sup>10</sup>, es de igual manera sorprendente e irrefutable. Así, ellas deben contemporizar con la teoría y la praxis de la prevención general. Si no lo consiguen, ella puede sobrevivir únicamente con la aceptación de la ilegitimidad, es decir, un despliegue de poder sin miramientos. Según esto, lo que fue mencionado sobre la estrategia de la prevención general, es un arreglo que no parece ser posible lamentablemente. Si no existe otra estrategia de la prevención general, entonces no puede hacerse otra cosa y la investigación presente no necesita ser proseguida. Por lo tanto, todo el resto permanece y cae con la posibilidad de estrategias alternativas de la prevención general.

II. Semejantes estrategias existen. Fue Peter NOLL el que señaló que hasta ese entonces no se registraba con exactitud que la controversia existente sobre "si la pena puede sobrepasar la medida de la culpabilidad a partir de los motivos de la prevención general", descansa "sobre la no comprobada premisa de que las penas desproporcionadas en relación con la culpabilidad son efectivas desde el punto de vista de la prevención general". "Posiblemente se podrían alcanzar los efectos intimidatorios momentáneos con altas penas sin relación de medida, y así provocar negativamente, como prevención, con el paso del tiempo, la duración de la lesión de la conciencia del derecho"<sup>11</sup>. Y más claramente: "La pre-

<sup>10</sup> Ver, para esto pormenorizadamente, con ejemplos, Wolfgang NAUCKE, *Prevención general y derechos fundamentales de la persona* (en esta obra).

<sup>11</sup> Peter NOLL, *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, en *Beiträge zur gesamten Stra-*



vención normativa no tiene su efecto en primera línea a través de la intimidación mediante amenaza de pena, sino a través de la orientación y el llamado a la consideración y la capacidad para la autodeterminación autónoma" <sup>12</sup>. Mucho más explícita se encuentra esta argumentación en Norbert HOERSTER. Para el caso de la punición de inculpables (bajo este término este autor comprende a las personas que no tenían nada que ver con la acción punible, por lo tanto, ni siquiera han actuado típicamente) él diagnosticó "una inseguridad relevante para el potencial candidato de la pena" <sup>13</sup>. "Cualquiera debe tener temor de resultar ser candidato a la pena". "El inculpable no tiene (...) posibilidad de enfrentar de modo planificado al objeto de su temor. Para este autor, la pena se convierte en un golpe fatal del destino, cuya presencia es completamente independiente de sus decisiones adoptadas conscientemente (...). Un Estado que convierte en regla la punición de inculpables debería temer que sus ciudadanos caigan en una apatía semejante a la de esos habitantes de franjas geográficas que a menudo son afectados por catástrofes naturales imprevisibles y por esto inevitables: así, una planificación racional de la vida no tendría sentido" <sup>14</sup>. Según HOERSTER, lo mismo es válido con relación a "individuos, que a pesar de ser autores, son inculpables" <sup>15</sup>. Nadie podría ser detenido de ciertas acciones "mediante una motivación racional de la sanción amenazante, las cuales (...) se

rechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlín, 1966, ps. 219 y ss. (224).

<sup>12</sup> NOLL, ob. cit., p. 227.

<sup>13</sup> Norbert HOERSTER, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, en: Goldammer s Archiv für Strafrecht, 1970, ps. 272 y ss. (277).

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

sustraerían de su esencial control"<sup>16</sup>. "¿Con cuáles sentimientos uno participaría, por ejemplo del tránsito, si se supiera que uno podría ser llevado a prisión por cada enredo inculpable en un accidente?"<sup>17</sup>.

Estos ejemplos deberían ser suficientes. *Una prevención general que incluye de esta manera el principio de atribución en el cálculo de sus finalidades, desde un principio no permite comprobar que ella desprecia las máximas de que el ser humano es considerado permanentemente un fin en sí mismo. Más bien esta posible unificación debe ser examinada más precisamente. El resultado de este examen decide, según mi opinión, sobre un aspecto esencialmente parcial de la moderna política criminal que transita en aquel punto de corte entre las exigencias de un Estado de Derecho y las de un Estado social.*

## B

I. Por ahora, es importante determinar con exactitud la *ubicación del problema*. Para esto se aconseja trabajar con las siguientes diferenciaciones. Se trata de ponerse de acuerdo (o imponerse de otra manera) sobre las pretendidas finalidades, mediante el derecho penal. Entonces, deberían ser ponderados qué medios existen para el alcance de estas finalidades. Finalmente, debe tenerse en cuenta cuáles no intencionales y posiblemente no deseadas consecuencias surgen con la implementación de estos medios.

1. Las *finalidades*. La comprensión de mayor alcance se logra respecto de que el delito debe ser prevenido. Casi siempre existe un interés general, en el Iluminismo

<sup>16</sup> *Ibídem.*

<sup>17</sup> *Ibídem.*

histórico, sobre un acto complejo. De esto independientemente se requiere, además, que los autores reciban su merecida pena, que las víctimas sean satisfechas. Justamente, esta exigencia no se discute más. Por un lado, es rechazada completamente y, por el otro, es reconocida únicamente bajo la condición que su realización contribuya para prevenir delitos. Acá está la primera desviación. Perdón y expiación absolutos, es decir, sin finalidad, contradicen el principio según el cual la planificación y el efecto de las medidas estatales deben ser comprobables, dado el caso bajo la aplicación de métodos científicos para los cuales se tiene en cuenta, en especial, también la moderna investigación social empírica. Perdón y expiación sin relación, con finalidades sociales medibles empíricamente podrían ser exigidos únicamente con fundamentación privada, religiosa o moral, es decir, se excluyen como finalidad estatal. En principio, este punto de vista se impuso también y es compartido por la mayoría. Sin embargo, cabe preguntarse si se debe ceder ante la presencia de terribles sucesos sin antecedentes; por ejemplo, el genocidio que sacude la dimensión de la vida humana corriente, que anuncia un retorno a la reflexión metafísica y a la orientación de las acciones. No creo que se deba ceder ante esta tentación de retirarse abnegadamente de la necesidad de la fundamentación racional, de aquello que debe hacerse o dejar de hacer a causa del Estado. Es seguro que en la vida personal uno puede buscar refugio en lo inexplicable, en la dedicación a la religión y a la moral divina, pero el Estado no lo puede hacer, puesto que él debe fundamentar de modo comprobable -también en vista de lo terrible-. Quiere, pero no puede hacer esto y así se presta a una práctica revolucionaria que quiebra su continuidad. Para la fijación de la finalidad estatal restan, únicamente, con esto -formulado brevemente- intereses de reconocimiento y de previsión. Este concepto es cri-

ticado por ser muy racionalista. Se señala que la sociedad o el Estado no dominan el hecho de fijar finalidades de esta forma y conducirse según ellas. La "función del derecho penal" (en el sentido del concepto sociológico, quiere decir, las consecuencias objetivas que son comprobables empíricamente, no las intenciones, finalidades o metas)<sup>18</sup> recorre sus propios caminos. Una necesidad de pena colectiva y racional se impone a la par de programas estatales<sup>19</sup>; factores socio-culturales son más estrictos que la propia planificación político-criminal estatal<sup>20</sup>. Además, en el ínterin se acepta suficientemente que la reacción estatal sobre la criminalidad provoca, al mismo tiempo, criminalidad<sup>21</sup>. Más allá de un derecho penal programado únicamente desde la finalidad de la prevención del delito, se requiere también poder disponer de los puntos de vista de la finalidad sobre la elección de los bienes jurídicos a tutelar. Con esto estará abierta, para el Estado, la tentación de acoplar diferentes finalidades. Lo que podría ser tutelado, porque están a la mano los medios preventivos, sería entonces -sin otras consideraciones- protegido según la necesidad<sup>22</sup>.

Las objeciones son serias y necesitan una investigación que excedería el marco del presente debate. Como

<sup>18</sup> Ver para esto Rolf- Peter CALLIES/Fritz SACK, *Bericht Arbeitsgruppe "'Dogmatik' aus rechtswissenschaftlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht"* en *Kriminologisches Journal* 1975, ps. 153 y ss. (157).

<sup>19</sup> Bernhard HAFKE, *Staatsrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, en *Goldammer's Archiv* 1978, ps. 33 y ss. (37 y ss.).

<sup>20</sup> Fritz SACK, *Interessen im Strafrecht: Zum Zusammenhang von Kriminalität und Lassenschicht- Struktur*, en *Kriminologisches Journal*, 9. Jahrgang (1977), ps. 248 y ss.

<sup>21</sup> Ver Klaus LÜDERSEN en Klaus Lüderssen/ Fritz Sack (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten I*, Frankfurt/Main, 1975, ps. 21 y ss.

<sup>22</sup> Sobre esta relación, Wolfgang NAUCKE, *Prevención general y de rechos fundamentales de la persona*, en esta obra.

consecuencia de esto, me habré de limitar a una breve exposición de mi punto de vista.

Las deducciones -apropiadas- de este conocimiento no pueden ser las influencias socio-culturales y colectivas psicológicas sobre una política criminal, por ende, o se deja desmoronar esta política criminal o bien se capta, a partir de ahora, la instancia de ejecución de la pena como un curso forzoso, social e inevitable. En la medida de las discrepancias que acá aparecen, se necesita más bien una orientación opuesta. Desde luego, lo que respecta a las discrepancias debe ser examinado. Es muy posible que tanto la necesidad de pena colectiva de la sociedad, como los factores socio-estructurales sean *también* proyecciones de la política social planificada estatalmente, que ingresan nuevamente invertidas<sup>23</sup>. La explicación de estas cambiantes dependencias tiene que surgir de los puntos de vista de legitimación, los cuales tienen validez también en relación con otros modos de acciones estatales. Acá cuentan las reglas previstas por la Constitución. Esto último significa, para la legislación penal en los países constitucionalmente democráticos, que la elaboración de los mencionados problemas deben hallarse ante todo en las decisiones de los legisladores -que en caso de duda se desempeñan de un modo representativo-, y que ellos están vinculados a ciertos valores fundamentales de la Constitución. La justicia es independiente, pero también se encuentra vinculada de igual forma con las bases fundamentales de la Constitución. De acá que una legislación y una praxis del derecho penal que se subordina sin más a un mito colec-

<sup>23</sup> Para este "proceso oscilante", ver Klaus LODERSEN, *Politische Grenzen des Rechts - rechtliche Grenzen der Politik, Überlegung zum Problem der Verjährung von NS- Morden*, Manuskript, 1979, p. 13; así también, *Erfolgszurechnung und "Kriminalisierung"*, en Festschrift für Paúl Bockelmann, München, 1979, ps. 181 y ss. ; (199).

tivo de la pena o a las obligaciones socio estructurales, bajo la invocación del principio de la dignidad de cada persona -la que no debe ser el chivo expiatorio de los miedos colectivos- y de la igualdad ante la ley no pueden enfrentar la idea que prohíbe al Estado convertirse en distribuidor de concentrados intereses económicos<sup>24</sup>. Semejante fijación de meta sería únicamente considerada cuando su imposición fuera absoluta y totalmente irreal. De esto no se puede hablar, a pesar de muchas comprobadas indicaciones sobre las condiciones restrictivas de las actuaciones estatales. Tampoco la invocación de la cifra oscura modifica en nada la situación, salvo en el caso de que no existieran consecuencias deducibles desde la comprobación de dichas cifras. Pero este no es el caso. O se intensifica la persecución (mediante modificaciones de los tipos penales y de las medidas criminalistas) o, por el contrario, existe un motivo para abolir o disminuir las normas punitivas<sup>25</sup>; en ningún caso la política criminal estatal está obligada o forzada a una inactividad. La realidad de que los órganos de control social del derecho penal -en contra de su intención- contribuyen también a la criminalización, podría desacreditar únicamente a la prevención como fijación de una meta estatal, cuando sus posibilidades de actuación estatal fueran interrumpidas de un modo absoluto, o fueran reducidas sus intervenciones secundarias. Pero esto es de muy difícil comprobación.

Finalmente, también la referencia sobre el peligro de la gran disponibilidad de bienes jurídicos no puede po-

<sup>24</sup> Así también Herbert JAGER, ob. cit, p. 304.

<sup>25</sup> Ver en particular Hans SCHULZ, *Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer*, en Festschrift für Heinrich Henkel, Berlín, New York, 1974, ps. 239 y ss; crítico Erhard BLANKENBURG/Neinz STEINERT-/Hubert TREIBER, *Die Beliebbarkeit von Ergebnissen empirischer Sozialforschung Jür die strajrechtsdogmatische Diskussion*, en Kristische Justiz, 1977, ps. 126 y ss.

ner en duda la determinación del fin de las penas estatales, limitada a la explicación de los delitos y su pronóstico, puesto que este peligro existe independiente de la concepción preventiva de aplicar la pena. El hecho de tomar en cuenta la posibilidad de perseguir finalidades mediante la pena no relativizó el mundo de los bienes jurídicos, sino que ello significa la despedida de una metafísica científica de los valores. La Ilustración puso en evidencia, o más bien cultivó, dos raíces del pensamiento y la actuación humana recíprocamente independientes: la libertad del ser humano de determinar por sí mismo sus intereses y su merecimiento de protección y de calcular los medios para esta protección. Ambas no están necesariamente vinculadas de modo mutuo. Por ejemplo, la reforma de los delitos sexuales no se produjo porque se haya resignado su lucha, sino por el cambio de las formas de consideración de los valores protegidos penalmente. Otro ejemplo: el nuevo derecho penal del medio ambiente no fue creado porque se disponga ahora la de posibilidad de lucha -por el contrario todavía existen muchas dificultades especiales- sino porque ahora se considera al medio ambiente como un valor más digno de protección que antaño. Todo esto dicho para las metas generales del derecho penal.

2. Ahora es menester hacer alguna mención para la próxima categoría -es decir, para la localización del problema-, que se refiere a los *medios* con los que se cuenta para el alcance de la finalidad de la prevención del delito. Ellos son múltiples. A esto corresponden las responsabilidades civil y administrativa por daño, así también a la política social -tanto en sus formas de influencias generales sobre las relaciones sociales como ayuda de socialización especial (por ejemplo, la educación y la instrucción, los tratamientos médicos, la atención y el cuidado, la creación de centros sociales)-. Los medios

penales son -cuando se encuentran vinculados a disposiciones legales específicas- penas, por un lado, y medidas de seguridad y curativas, por el otro. En el caso de las medidas de seguridad y curativas se tratan únicamente de prevención especial -lo que en este punto no es necesario discutir-. En el caso de la pena se trata, con total seguridad, de prevención general, eventual-mente hasta de perdón y expiación, si uno participa del punto de vista según el cual con esto se puede influir en algo para la prevención de delitos futuros.

La cuestión central dice: ¿se impediría a las personas cometer delitos mediante el derecho penal, sin haber sido condenadas? La respuesta a este interrogante exige la individualización y la contestación de muchos interrogantes: ¿Qué rumbo toma esta prevención? ¿Serán intimidadas las personas? ¿Es generada la lealtad hacia las normas mediante el castigo de conductas desviadas que señala lo inquebrantable de su legitimidad, o más bien mediante la validez fáctica de esta norma? ¿Se logra esta lealtad gracias a una mejor comprensión o únicamente es el resultado de un amedrentar que no se diferencia -por lo menos casi en nada- de una intimidación? ¿O existen grados de lealtad que abarcan desde la prevención de una previsible adaptación hasta una aceptación incondicionada (internalización)? ¿Se determinan estos grados, posiblemente, según cuáles bienes jurídicos se encuentran tutelados por las normas penales y cuan graves son las sanciones previstas por la lesión de este bien jurídico? ¿Cuáles diferencias resultan según si se trata de la función preventiva de la amenaza de pena, de su aplicación o de su ejecución? Además, ¿según si las sanciones son penas o medidas de seguridad? ¿Qué papel juega la realidad de que las penas son entendidas en mayor o menor medida como medidas de seguridad y ya no como imposición de un mal? ¿Qué es válido para las condiciones? ¿Tiene sentido



agregar estos hechos aislados o a la "carrera"? ¿Depende o no, en cada caso, de la imputación subjetiva -en el caso de acoplamientos a una "carrera", se podría hablar, quizás con mayor propiedad, de un modo culpable de conducirse por la vida-?

3. Las consecuencias. Aquí debe examinarse si se lesionan o se ponen en peligro, bajo el aspecto de la prevención general, mediante la apropiada amenaza de pena, su apropiada determinación o su ejecución, otros valores, otros derechos, otros bienes jurídicos o intereses; especialmente es discutible acá si para las consideradas medidas generales preventivas se atiende a la observancia de la autonomía del individuo<sup>26</sup>.

Hasta aquí se ha realizado un examen general, a la vez que una limitación, en cómo es tratado el problema de la prevención general. El esquema, espero, habrá puesto en claro que la ubicación del problema *no es* el ámbito de la *determinación defines* penales. Habría que aclarar por qué se considera a la prevención del delito como la determinación de fines estatales legítimos. Esto es -grosso modo- lo que sucedió. Las discusiones deberían concentrarse, de ahora en más, sobre los medios y las consecuencias.

## C

I. En este punto debe hablarse sobre los medios. Nuevamente hay que reafirmar que las reflexiones son válidas para aquellos efectos preventivo-generales, los que no tienen en cuenta, desde su comienzo, la autonomía del individuo y por *ese* motivo no pueden ser apoyados. La autonomía del individuo es respetada cuando

Fundamentalmente para esto Wolfgang NAUCKE, ídem.

las sanciones que éste debe aceptar están justificadas. El interés se dirige, por lo tanto, hacia lo apropiado preventivo general de esta sanción.

Las sanciones penales -que están justificadas frente al afectado- vinculadas con el comportamiento típico, antijurídico y culpable, deben estar en relación con la medida de la gravedad del reproche y al mismo tiempo ayudar al autor para que en el futuro pueda llevar una vida libre de penas. Ésta es la doctrina actual. En consecuencia, su legitimación no debe ser examinada, sino lo que significa para la efectividad de la prevención general (de esto podrían resultar, lógicamente, revisiones relevantes para la legitimación).

1. Con una *valoración global* no se llega lejos, puesto que -según mi opinión- hasta ahora, la totalidad de los intentos de juntar las experiencias sobre los efectos de la prevención general de la pena padecen de este problema<sup>27</sup>. Ya la especialización sobre los efectos del sistema del derecho penal en sí es escasa en la doctrina, y más aún se carecen de datos respecto de elementos en particular.

El sistema del derecho penal está 'basado en la amenaza de pena, pese a la ambigüedad que se presenta todavía en su ejecución. Mejor y más claramente comprobable aparece en el proceso y en la consecuente sentencia. Por el contrario, en relación con las normas civiles, el derecho penal se mezcla, en el caso en particular, recién en el proceso. De ahí que deseo agregar, en este lugar, el interrogante sobre los efectos de la pena resultantes del sistema del derecho penal.

<sup>27</sup> Justificaciones sobre las investigaciones empíricas realizadas a la fecha en Bernhard HAFFKE, ob. cit. (ver supra nota al pie 6), ps. 54 y ss.; Winfried HASSEMER, *Prevención general y aplicación de la pena*, en esta obra.

a) La prevención general tiene en mira a los potenciales autores. A ellos debería interrogarse para detectar de qué depende el efecto preventivo de la pena. Esto es imposible, puesto que el círculo de las personas que se pueden tomar en cuenta es inconmensurable. Sin embargo, se recapacita que muchos autores son reincidentes y, por lo tanto, así se abre la posibilidad de averiguar mediante preguntas a los autores ya juzgados. El material que acá se puede presentar no demanda ningún compromiso general, pero no está esquematizado y en consecuencia -considerados en sí- podrían ser aún más ilustrativos que los datos obtenidos mediante una encuesta<sup>28</sup>. Se trataría de una entrevista conducida de modo informal con condenados -todos ellos en peligro de reincidencia-. Permítaseme, a continuación, hacer mención de la quinta esencia de estas comprobaciones: los interrogados esperan fundamentos racionales y muy detallados del trato dispensado por el derecho penal, los cuales deben orientarse a la motivación de los autores, además no deben tener como meta la adaptación esclavista del autor.

b) Al observador detallista no puede sorprenderlo de ninguna forma los desarrollos psicosociales y socio-estructurales en el marco de las preocupaciones por una legitimación política. Puesto que los ofrecimientos que tienen mayor expectativa de sobreponerse a aquellos que se mencionan esporádicamente sobre la crisis de la legitimación buscan -en la teoría y en la praxis- provocar un estilo de fundamentación, el que le reconoce al afectado extensas posibilidades para su aceptación. Es-

<sup>28</sup> Para esto con comprobaciones, Klaus LÜDERSSEN, *Autobiographische Texte und Kriminalpolitik* en Klaus Lüderssen/Thomas Michael Seibert (Hrsg.), *Autor und Täter*, Frankfurt/Main, 1978, ps. 9 y ss. (p. 18 y ss.).

to es discutible lógicamente y se enfrenta con los límites históricamente entendibles. La tesis según la cual la especulación sobre la aceptación infundada en la comunidad altamente civilizada no funciona más, fue formulada en la teoría filosófica social, en especial por los filósofos Karl Otto APEL y Jürgen HABERMAS<sup>29</sup>. La posición contraria es tomada con especial énfasis por el politólogo Wilhelm HENNIS y el filósofo social Hermann LÜBBE, quienes desmienten la crisis de legitimación y se inclinan más bien por la estabilidad de las relaciones dominantes, las cuales -según su opinión- son extremadamente razonables y justamente organizadas, y por un actuar político que se inmuniza frente a las pretensiones fundamentadas de modo detallado y relacionadas con la situación<sup>30</sup>. Esta tendencia está apoyada por una aceptación de aprendizaje teórico y sistémico que se relaciona en especial con los trabajos de Niklas LUH-MANN<sup>31</sup> y H.J. EYSENCK<sup>32</sup>, mientras que el terreno para los conceptos más fuertemente orientados de un modo consensuado fue preparado mediante el psicoanálisis<sup>33</sup> y otras interactivas teorías del desarrollo cognitivo y mo-

<sup>29</sup> Ver Klaus LÜDERSEN, Einleitung zu: Klaus Lüders sen/Frite Sack (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten II*, Frankfurt/Main, 1975, ps. 7 y ss. (17-20).

<sup>30</sup> Wilhelm HENNIS, *Legitimität - zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, en: Peter Graf Kielmansegg (Hrsg.), *Legitimitätsprobleme politischer Systeme*, Opladen, 1967, ps. 9 y ss.; Hermann LÜBBE, *Sind Normen methodisch begründbar? Rekonstruktion der Antwort Max Webers*, en Willi Oelmüller (Hrsg.), *Transzendentalphilosophische Normenbegründungen*, Paderborn, 1978, ps. 38 y ss.

<sup>31</sup> Ver las comprobaciones en Klaus LÜDERSEN, *Dialektik, Topik und "kronkretes Ordnungsdenken"*, en der Jurisprudenz, en Festschrift für Richard Lange, Berlín, 1976, ps. 1019 y ss. (1041/1042).

<sup>32</sup> H. J. EYSENCK, *Kriminalität und Persönlichkeit*, Wien, 1977.

<sup>33</sup> Vid, principalmente sobre esta evaluación del psicoanálisis, Jürgen HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt/Main, 1968, ps. 332 y ss.

ralista (como ocurrió con los trabajos de Jean PIAGET<sup>34</sup> y Lawrence KOHLBERG<sup>35</sup>). Esta postura en forma de controversias epistemológicas se desarrolla en un plano abstracto. Son los modos de pensar histórico-hermenéuticos que se desenvuelven en el ámbito político y moralista de la comunicación y la aceptación. Sin embargo, detrás de estos modelos de decisión, que remarcan la inmanencia del sistema y pretenden reducir su complejidad mediante la exclusión de partes, están los procesos analítico-deduccionalistas. Todo esto no tiene lugar en el marco de los textos científicos que rivalizan mutuamente, sino que promueven, al menos en Alemania, la discusión pública. Esta discusión se remarca más en los medios de comunicación<sup>36</sup>, pero también está presente - naturalmente con una fuerte trivialización- en el debate de corporaciones públicas. La praxis política aparenta oscilar, conforme a esto, entre cálculos de poder conscientes e impulsos hacia la participación de los afectados.

Para el paulatino incremento de la aceptación -orientada de una manera comprensiva- del estilo de actuación comunicativamente dependiente, no se permite efectuar ninguna referencia vinculante. Únicamente sería posible si se pudiera pronosticar la necesidad de determinados desarrollos. En contra de esto habla aquello que se corresponde con la realización de intenciones subjetivas; extremo que en los desarrollos históricos no es previsible<sup>37</sup>. Lógicamente, representa una

<sup>34</sup> Jean PIAGET, *Das moralische Urteil bei dem Kinde*, Frankfurt am Main, 1973.

<sup>35</sup> Lawrence KOHLBERG, *Zur kognitiven Entwicklung des Kindes*, Frankfurt am Main, 1974.

<sup>36</sup> Ver MERKUR, "Deutsche Zeitschrift für Europäisches Denken", Heft 332 (1976), ps. 17 y ss.

<sup>37</sup> Karl ACHAM, *Über Parteilichkeit und Objektivität in den Gesellschaftswissenschaften. Einige methodologische Betrachtungen*, en:

abreviación de "la generalmente aceptada adjudicación ontológica de determinación y objetividad (aquí en el sentido de subjetivamente autónoma, es decir, que se realizan independientemente de intenciones individuales) en relación con la libertad y la subjetividad"<sup>38</sup>. "Mayormente se les escapa a quienes proponen esta forma de estructuración del mundo social, que el determinismo en relación con el proceso causal se desarrolla independientemente del sujeto, lo cual también ocurre con los presupuestos de las condiciones de partida de un sistema social, lo que significa: las condiciones de los efectos, bajo los cuales tiene lugar un proceso determinista, no son en absoluto independientes del sujeto, por el contrario, es imprescindible tener en cuenta que determinadas realidades históricas deben estar previstas de antemano y que son independientes del sujeto o de las realidades objetivamente sociales, para que se pueda llegar a cultivar una subjetiva, individual, o específicamente grupal exposición de una interpretación partidaria"<sup>39</sup>. Las dificultades para hacer comprobables estas expresiones científico-sociales, en particular, cuando aluden a desarrollos, provienen de "que el propio sujeto de reconocimiento pertenece a aquella histórica relación de efectos, que se dirige hacia las ciencias sociales como su ámbito de objeto"<sup>40</sup>. Pero surge de esto que "las condiciones bajo las cuales ciertas leyes son eficaces pueden ser cambiadas"<sup>41</sup>. Esto es planificable y por eso también pronosücable. Posiblemente sea que

Reinhard Koselleck, Wolfgang J. Mommsen, Jörn Rüsen (Hrsg.), *Objektivität und Parteilichkeit in der Geschichtswissenschaft*, München, 1977, ps. 399 y ss. (417 y ss.).

<sup>38</sup> ACHAM, ob. cit., p. 417.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> ACHAM, ob. cit., p. 409.

<sup>41</sup> *Ídem*, p. 421.

las dudas sobre la pronosticación de desarrollos históricos desaparezcan en tal medida al ganar las personas mayor libertad y por esto ya no serán más objetos de procesos desencadenados naturalmente<sup>42</sup>. De esto resulta lo siguiente: una cierta representación de libertad -tal como se expresa en la afirmación de la relevancia de la comunicación y del discurso- asegura el empirismo en relación con las predicciones de desarrollos sociales, como también asegura de igual forma, o incluso más, la legitimación en relación con la aceptación de las predicciones de desarrollos sociales -si se trata únicamente de aquellas cuya base sea la libertad de la persona, una libertad que acá y ahora está marcada mediante la capacidad y la posibilidad de participar en los discursos-.

Esto es solamente un esbozo, y acá se advierte cuánta investigación es necesaria en este tópico. Quizás sea útil recordar en este aspecto que Gambattista Vico representaba la opinión según la cual las posibilidades de reconocimiento de las cosas realizadas por uno y las condiciones que hemos provocado son trascendentes a los reconocimientos cartesianos, matemático-causales<sup>43</sup>.

Más tarde August COMTE dice que el prever es la meta de cada ciencia<sup>44</sup>. Si bien es válido el argumento de

<sup>42</sup> Max HORKHEIMER, *Zum Problem der Voraussagen in den Sozialwissenschaften*, en *Zeitschrift für Sozialforschung*, Jahrgang II (1933), ps. 407 y ss., citado en la nueva impresión en: Max HORKHEIMER, *Kristische Theorie*, Band I, Frankfurt/Main, 1968, ps. 110 y ss.; ver más lejos Bernhard Schäfers (Hrsg.), *gesellschaftliche Planung*, Stuttgart, 1973, ps. 29 y ss. (ps. 33 y ss.).

<sup>43</sup> Giambattista Vico, *Die neue Wissenschaft über die gesellschaftliche Natur der Völker*, reimpresión en Rowohlts Klassiker, Hamburg, 1966, p. 51.

<sup>44</sup> Citado según Kurt SONTHEIMER, *Voraussage und Ziel als Problem moderner Sozialwissenschaft*, en *Wissenschaft und Planung*, Berlín, 1965, p. 18.

Karl Raimund POPPER: "El proceso de la historia humana es influenciado fuertemente mediante el crecimiento de los conocimientos humanos (...). Nosotros no podemos predecir el futuro crecimiento de los reconocimientos científicos con métodos científico racionales (...), por este motivo no podemos predecir el proceso de la historia humana"<sup>45</sup>. Pero mientras tanto, es posible "determinar las condiciones de constitucionalidad de las estructuras sociales, el intelectual e ideológico estado consciente de la población y las posibilidades de planificación en su totalidad social que se forman sobre aquellos factores" <sup>46</sup>. Uno puede estar absolutamente de acuerdo con este punto de vista "que las ciencias sociales basadas en motivos de racionalidad del individuo actuante, el "mundo" por ellos mismos creado tiene un mayor alto grado de explicación (...) y pronosticación (...). Entre el estado de desarrollo alcanzado de la sociedad y las posibilidades de formular pronósticos confiables, existe una estrecha vinculación"<sup>47</sup>. "Dado que el solo hecho de mencionar o entender (Max WEBER) de realidades sociales sólo puede ser producto de una relación práctica reflectora, pero no formativa -y tampoco debe ser producida- se abandona una ciencia tras la otra hasta llegar a la pedagogía empírica, etcétera, y se vinculó o debió vincularse irremediamente a la praxis social. A la orientación práctica le corresponde, necesariamente, la preocupación por el aumento del potencial pronosticable" <sup>48</sup>.

Esta observación debe aclarar que no es totalmente excluyente animarse a formular explicaciones sobre tendencias de desarrollo, de animarse a enjuiciarlas, y

<sup>45</sup> Karl R. POPPER, *Das Elend des Historizismus*, Tübingen, 1965, p. XI.

<sup>46</sup> SCHAFERS, ob. cit., p. 33.

<sup>47</sup> Ídem, p. 34.

<sup>48</sup> Ídem, p. 38.



extraer consecuencias de ellas. Sin embargo, esto no puede ser posible con el método científico<sup>49</sup> -opinión demasiado rígida, pero considerada lógicamente de un modo serio- entonces comienza en este punto, para cada uno que realiza una disciplina obligada a llegar a metas prácticas, la necesidad de vincular -que siempre esto sucede calladamente de modo consciente o inconsciente- no únicamente un punto de vista político, sino también de comunicarlo y de fundamentarlo.

Hay -en esto no existen dudas- muchos esfuerzos bien intencionados de construir el tratamiento de las cuestiones públicas a partir de consensos y aceptaciones. Para el interrogante -quizás únicamente político- de si uno desea adherir a estos esfuerzos, o debe apoyarlos, comparto la formulación, que hace poco tiempo Iring FETSCHER se adjudicó: "desde el punto de vista de una crisis, en la que en medio de un suficiente abastecimiento de bienes de consumo para una cantidad impresionante de personas que quieren trabajar, se las condena a una permanente y estructural desocupación, me parece sencillamente indispensable, recapacitar sobre el futuro de una civilización industrializada, la cual, si bien todavía promete aumentos de producción de mercancías y mayor productividad laboral, presenta como reverso también una creciente burocratización, una restricción de libertad, una neurotización en los grandes centros poblacionales y el aumento de la abstracción del trabajo (insatisfactorio) y carente de sentido, además de soledad en medio de una masa de personas. Frente a estos síntomas, la sociedad reacciona hasta la actualidad únicamente mediante la producción y la

<sup>49</sup> Sobre las cuestiones fundamentales de esta delimitación instructiva: Ulrich STEINVORTH, *Wertfreiheit der Wissenschaften bei Marx, Weber und Adorno*, en: *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* Band IX, 1978, ps. 293 y ss. (en particular, ps. 299 y ss.).

oferta de nuevos métodos auxiliares en forma de mercaderías: los medios tranquilizantes, antidepresivos, terapia grupal y sectas que transmiten el sentido a través de gurús orientales y otros. Un cambio en el modo de vida no es solamente una salida necesaria, sino también la menos peligrosa" <sup>50</sup>.

c) *Estos puntos de vista* -que no pueden separar de un modo concluyente y con total claridad la comprobación empírica de la postulante- *tienen en nuestro contexto la Junción de hacer más digerible para la persona el fenómeno que se presenta con aquellos que tienen severas y potenciales dificultades frente a las exigencias normativas de la sociedad, con los cuales se puede ganar algo si se los intenta motivar en lugar de manipular.*

Se ha dicho mucho contra la psicología que representa al autor potencial como una persona fría y calculadora que se mantiene distante de su hecho delictivo<sup>51</sup>. El punto de conexión para estas objeciones es básicamente, todavía, la representación de la persona de la cual Paúl Johann Anselm FEUERBACH partió para su teoría de intimidación psicológica<sup>52</sup>. Pero en esto se debe recordar cuan poco se conocía científicamente en aquella época sobre la estructura de motivación del ser humano. La concepción comparablemente candida de FEUERBACH presenta, sin dudas, puntos débiles, los cua-

<sup>50</sup> Iring FETSCHER, *Rousseau, Voltaire und wir*, en: Merkur, "Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken", Heft 362 (1978), ps. 641 yss. (652/653).

<sup>51</sup> Documentado en HAFFKE, ob. cit., ps. 81 y ss.

<sup>52</sup> Sobre esto igualmente HAFFKE, ob. cit., para una fundamentada comprensión: Wolfgang NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Kiel 1962; ver también Klaus LODERSSEN: *Feuerbach, Paúl Johann Anselm*, en: Adalbert Releer und Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Band 1, Berlín, 1971, ps. 1118-1124, con amplia doctrina.

les podrían favorecer al autor respecto de la existencia de objeciones comprensibles. Una compleja teoría del autor no ofrece más una base de crítica sin necesidad de desmentir las estructuras psicológicas e intelectuales del autor. Sin embargo, debe considerarse una importante diferenciación: se hace alusión a las relaciones -que no se entienden únicamente como emocionales- del potencial autor con la norma, aunque no en el sentido de un administrador que evalúa costos y beneficios<sup>53</sup>. Contra esto, según mi opinión, debe objetarse ahora, como en el pasado, su ajenidad a la realidad, porque el autor -en cuanto está dispuesto a actuar contra la norma- no sopesa las ventajas del hecho contra las desventajas de la pena, sino que especula de modo privilegiado que no será descubierto<sup>54</sup>.

En este aspecto hay que cuidarse, como ocurre a menudo, de la tentación de ceder al impulso natural de estandarización de la representación<sup>55</sup>. Esta amenaza puede presentar tres direcciones: la primera se vincula con la opinión de que la relación con la norma puede ser graduable en su intensidad (supra ya se mencionó los grados de reconocimiento); la segunda, que no es necesaria una total internalización para la constatación del reconocimiento; la tercera, que tampoco una opinión

<sup>53</sup> Ver para esto las consideraciones sobre una "teoría económica de la criminalidad" en Gerd FLEISCHMANN, *Chancen der Realisierung von Tariflöhnen für Gefangene*. Una aplicación de la teoría económica sobre un problema político criminal, en: Klaus Lüderssen, Karl F. Schumann und Manfred Weiss (hrsg.), *Gewerkschaften und Strafvollzug*, Frankfurt/Main, 1978, ps. 126 y ss. (ps. 132 y ss.); vid además Haral KUNZ, *Ökonomik der Kriminalität*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1976, ps. 282 y ss.

<sup>54</sup> Ver como siempre muy interesante, Paúl BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?*, en Paúl Bockelmann, *Strajrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, ps. 171 y ss. (179).

<sup>55</sup> Georg SIMMEL, *Einleitung in die Moralwissenschaft, eine Kritik der ethischen Grundbegriffe*, Band I, 3. Aufl., Berlin, 1911, p. 90.

críticamente distanciada indique el no reconocimiento relevante jurídicamente. De acá que dependa, en gran medida, de cuál norma se trate. A las normas, las que protegen valiosos bienes jurídicos, se las enfrenta de modo distinto en comparación con aquellas que tutelan bienes jurídicos disponibles; en cada caso la aceptación resulta ser a veces más ligera y otras veces no -en lo cual también adquiere un *rol* muy significativo el grado de peligrosidad-. Finalmente, la incorporación de las normas depende de estructuras de personalidad (que están en mayor o menor medida condicionadas social-mente). Hay autores que están adaptados completamente a una subcultura criminal, que reaccionan de modo completamente distinto a otros autores que calculan concienzudamente una cierta ventaja al límite de la moral y que creen poder actuar sin riesgos, y a su vez aquellos otros que no reaccionan o directamente son autores antisociales (por ejemplo, los condenados por una única vez, por hechos sucesivos, de escasa importancia, muy específicos o que no afectan al resto de su existencia). Otro grupo muy importantes está conformado por autores que conducen organizaciones criminales que realizan delitos graves.

Esto es sólo una clasificación fragmentaria, que simplemente quiere demostrar qué clases de diferenciaciones deben tenerse en cuenta en este punto. También se pueden formar clasificaciones a partir de otras perspectivas. Visto someramente, el autor, según el motivo que lo condujo a la criminalidad, define y da forma a sus relaciones con el mundo de las normas. Hay autores que presentan desórdenes masivos en su infancia (las llamadas psicopatías del desarrollo)<sup>56</sup> que influenciaron

<sup>56</sup> Ver Jacobus W. REICHER, *Die Entwicklungspsychopathie und die analytische Psychotherapie von Delinquenten*, en: *Psyche*, 30. Jg. (1976), ps. 604 y ss.

su carrera criminal. En el trato con ellos no se puede saltar ningún estadio socializador. Ellos necesitan absoluta y completa dedicación, porque están ausentes los procesos de aprendizaje básicos y esto indica una relación hacia las normas -como ocurre a menudo cuando faltan absolutamente agresiones dirigidas hacia dicha relación-, la que debe ser revisada con mucha dedicación en su aparición. Otro grupo de autores está representado por la avanzada destrucción de su personalidad, que impide toda comprensión basada en la aceptación, salvo mediante primitivos mecanismos de impulsos y contraimpulsos se provoca una reacción<sup>57</sup>. Otra cosa ocurre en el caso de los autores que niegan sus dificultades, que no demuestran necesidad de realizar contactos y que únicamente desean ayuda externa; ellos son comparables a otro grupo de autores que están inmersos en crisis en mayor o menor medida temporales, sin que pueda afirmarse que se trate de fenómenos que puedan ser excluidos de la vida y con esto fácilmente menospreciarlos.

He de interrumpir los intentos de rubricación. De esto se tendría que haber deducido con toda claridad cuál será la dirección de la fantasía de la valoración de la entrevista, la que aquí quiero tratar a continuación.

d) La mayoría de las informaciones realizadas para el sistema de derecho penal -se sobreentiende en la esfera del profano- se refieren al problema de la tipificación. Para esto cuenta, en primer lugar, el concepto que alude al merecimiento de protección del bien jurídico. La escala alcanza desde la valoración que nosotros deno-

<sup>57</sup> Pormenorizadamente en Klaus LÜDERSEN, *Politische Grenzen des Rechts - rechtliche Grenzen der Politik, Überlegungen zum Problem der Verjährung von NS-Morden*, Merkur, 1979, ps. 512 y ss. (ps. 530 y ss.).

minaríamos "sobrecriminalización", pasando por las conformidades simples, hasta las propuestas de descriminalización.

*La conformidad* se halla en relación con bienes jurídicos elementales, como la vida y la integridad corporal. También pertenece a esto el patrimonio; pero acá se notan algunas restricciones. Se remarca que la reparación del daño debe ser suficiente -desjerarquizar el bien jurídico a la esfera de los bienes jurídicos tutelados civilmente-. Esta idea se basa en la experiencia personal que justamente -en el caso de los reincidentes- la progresiva agravación de las penas privativas de libertad reflejan la permanente necesidad de dinero que incita a las agresiones.

*La descriminalización* será exigible -en el caso del fundamental reconocimiento del núcleo- en el ámbito del derecho penal impositivo. Se argumenta que existen demasiadas reglamentaciones. Esta opinión se basa en el recuerdo de las discusiones desesperanzadas con la burocracia, pero también sobre la indolencia frente a los intereses del Estado. Además, se mencionan los estupefacientes. El que vende a precios convenientes "mercadería limpia" no debería ser penalizado. En estos casos, se considera a través de experiencias propias la falta de dañosidad de las drogas, aunque nunca se llega lógicamente a descubrir dónde está el límite de las drogas altamente peligrosas.

Finalmente, sobre los deseos dirigidos hacia la *sobrecriminalización*, se añaden las experiencias en el propio proceso penal, que se dirigen hacia la propuesta de jerarquizar los bienes jurídicos protegidos en el tipo penal del sometimiento judicial a la ley y abarcar de esta manera su lesión imprudente.

*En estas interpretaciones -que se desvían de la lex lata- es interesante el hecho de que los acostumbrados pensamientos mencionados se mantienen sin discusión*

*en un marco de estructuras judiciales -sit venia verbo- y de psicología jurídica, cuyo "totaliter aliter" ni se menciona. Esto acontece desde el punto de vista de que son autores penales los que hablan así sin propia comprensión, y es suficiente quizás para hacer dudoso el prejuicio, tanto llamativo como arraigado, de que el que infringe una norma muestra con eso que no la reconoce*<sup>58</sup>. Continuemos con el desarrollo de esto.

En los elementos del tipo penal que describen los caminos de agresión para la lesión del bien jurídico, se aflojan un poco las medidas. Acá se sostiene más en favor de lo permitido, en detrimento de lo que permite la jurisprudencia. En el marco de la coacción y la extorsión, como lo demuestran algunos informes sobre lo realizado contra "enemigos" y en el pago de deudas. Otro ejemplo son los casos donde el que "proporciona oportunidades" todavía no es considerado como un instigador. En esto se demuestra al mismo tiempo una inclinación a edificar una descripción exacta de un comportamiento -hasta el detalle más ínfimo-. Además, pertenecen a esto todas las especulaciones de una moral límite<sup>59</sup>. Pero la típica expansión de este aspecto demuestra para las sociedades liberalmente abiertas *cuánto significan los cálculos absolutamente conscientes y detallados en una adhesión básicamente estrecha, para no decir una conformidad con las normas sociales determinantes de las normas jurídicas; en particular, también una adhesión al postulado según el cual las disposicio-*

<sup>58</sup> En contra lógicamente con la expresión, Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., Stuttgart, 1950, ps. 178 y ss.; para esto también LODERSEN, *Autobiographische Texte und Kriminalpolitik*, ob. cit., ps. 40 y ss.

<sup>59</sup> Sobre este concepto ver -con ejemplos- LODERSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle*, Frankfurt am Main, 1972, ps. 173 y ss.; el mismo, *Alltagskriminalität und "Grenzmoral"*, en *Kriminologisches Journal*. 6. Jg., (1974), ps. 201 y ss.

nes que prevén medidas estatales contra el particular deben estar determinadas con exactitud<sup>60</sup>. Nuestra vida comercial "normal" contiene tantas usanzas, que las mínimas desviaciones ya caen en el ámbito de la criminalización, y poco puede oponerse a lo que fue hecho punible cuando lo demuestran las especulaciones en una actividad comercial futura -con una agregada tendencia a la informalidad- que se desarrolla en el marco de aquellas usanzas. También aquellos que adoptaron la decisión de hacer borrón y cuenta nueva quieren llegar a la "legalidad", pero no hacen ningún esfuerzo en esa dirección. A muchos, entre ellos, se les puede comprobar el hecho de que a muchas cosas parcialmente criminales las consideran de un modo más claro que otros conciudadanos, que se han visto inmersos en conflictos con las instancias de control social.

En cuanto a las *causales de justificación*, el círculo está mucho más expandido de lo permitido por el actual derecho. El pensamiento predominante en la jurisprudencia, de que se deberían privilegiar intereses aislables y comprobables frente a intereses que están relacionados en mayor medida y que son más difícilmente de fijar, cuando se refiere a la ponderación de bienes, le resulta extraño al interrogado, como lo demuestra su reacción a la pregunta de si es punible el que sustrae dinero para una costosa operación en una clínica especializada en el extranjero porque no recibe el dinero de la ayuda social. Esto es más factible que sea considerado

<sup>60</sup> Esta exigencia puede cumplirse únicamente mediante una descripción aislada del hecho. Todas las tentativas que han comenzado a trabajar aquí con el autor tipológico han fracasado (comparar al principio del siglo XVIII esta orientación con los esfuerzos encaminados en este sentido en Klaus LODERSEN: GROLMAN, Karl Ludwig Wilhelm von, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. 1. Band, Berlín, 1971, Spalte 1808 (1811), ver además Paúl BOCKEL-MANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 2. Teil, Berlín, 1940, ps. 106 y ss.



permitido, pero también existen opiniones contrarias. Ellas representan también oscilaciones que se mantienen dentro del marco de un *básico consenso jurídico*, después de que los juristas han encontrado casos donde están dispuestos a decidir de forma contraria a la ponderación de intereses, por lo tanto, de privilegiar los intereses en mayores relaciones y todavía muy difícilmente de fijar en detrimento de los intereses aislables y determinados (por ejemplo, si se trata de una orden de detención contra un sospechoso de participar en actividades terroristas)<sup>61</sup>. Lo mismo se podría decir respecto de las medidas más laxas para el derecho de legítima defensa contra la humillación y las molestias en el ámbito familiar o en el de las tabernas, a pesar de que acá muchas cosas suenan bastante dudosas. Algunas recomendaciones son naturalmente muy problemáticas, v. gr., la de manejar la alta cuota de criminalización comprobada en los niños que han crecido en los centros de asistencia infantil, mediante la esterilización de las prostitutas que podrían ser las madres de estos niños. La categoría de la *culpabilidad* de los "imputables" está de igual forma severamente internalizada como una culpabilidad del bien jurídico protegido. Por el otro lado, se exigen medidas benefactoras. Por empezar, esto colisiona con las aparentemente candidas críticas del derecho penal; desde el punto de vista de reflexiones de corte sociológico-criminal son fácilmente rechazables, por incluir impedimentos sociales en el grupo de circunstancias excluyentes de la capacidad de imputación (como contrapunto existe también la representación híbrida sobre la absoluta libertad de decisión de cualquiera); entonces, se registra naturalmente una amplia va-

<sup>61</sup> Ver para esto Klaus LÜDERSSEN, *Was ist das\_ein "Rechtsstaat"?*, en Erhard Denninger/ Klaus Lüderssen, *Polizei und strajpmzefi im de-mokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt/Main, 1978, ps. 79 y ss. (95).

loración de los motivos disculpantes (de igual modo mediante la incorporación de componentes sociales). Pero, ante todo, son considerados de un modo diferente los criterios para la evitabilidad del error de prohibición. Los casos anteriormente mencionados de comprensión levemente desviada de normas se ponen en cabeza del autor en la praxis jurídica. Se examina si el autor agudizó *su* conciencia. En los hechos se dirige la decisión conforme a cómo hubiese actuado la conciencia del juez, y esta valoración le es transmitida al autor. Él no se mueve *fuera de principios jurídicos* (se entiende bajo esto no sólo lo valorado justo mediante los órganos de persecución penal) *cuando niega a este proceso el carácter de legítima imputación*<sup>62</sup>.

Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son el núcleo del sistema delictivo. Además, está completado todavía gracias a conceptos -lógicamente de difícil definición- como merecimiento de pena, necesidad de pena o -negativa-exclusión de los motivos de la pena o su renuncia<sup>63</sup>. También se puede citar acá la posición de los condenados. He de limitarme a los casos en los cuales los afectados ponen en duda la legalidad de su condena, porque ellos fueron inducidos a realizar esa conducta ilícita por parte de funcionarios policiales que actuaron en calidad de agentes provocadores. Acá se mencionan, en primer lugar, las compras aparentes de estupefacientes. Que ellas conduzcan a condenas es, según mi opinión, una infracción al ordenamiento procesal<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Ver para esto Günther ENDRUWEIT/Hans- Jürgen KERNER, *Unrechtsbewußtsein und soziale Norm*, en: Winfried Hassemer/Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band III, Strafrecht, München, 1978, ps. 67 y ss. (115 y ss.).

<sup>63</sup> Ver para esto Klaus LÜDERSSEN, *Erfolgszurechnung und "Kriminalisierung"*, en Festschrift für Paúl Bockelmann, München, 1979, ps. 181 y ss.

<sup>64</sup> Klaus LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?* En Festschrift für Kart Peters, Tübingen, 1974, ps. 349 y ss.

Cuáles derivaciones traerían aparejadas la inobservancia procesal sobre los efectos preventivo-generales acá no se puede examinar. Desde el punto de vista del derecho penal material, se podría suponer que interviene una causal de exclusión personal de la pena, cuando el hecho cometido por el provocado, mediante la actuación del agente provocador policial, todavía no excluye la tipicidad ni la culpabilidad. Las protestas dirigidas contra las condenas impuestas a raíz de la actuación de agentes provocadores no están de ninguna manera más allá *de lo justificable jurídicamente*.

1. *¿Podrá ignorar esta objeción la praxis del derecho penal en su valoración preventivo-general? ¿Tienen alguna finalidad las distintas representaciones sobre lo justo y lo injusto que se encuentran en los destinatarios de la norma que están expuestos al peligro de recaer nuevamente en el delito, de prescindir de ellas, de desmotivarlas de sus propios recursos? Yo estoy seguro de que no tienen ninguna finalidad.*

2. *Quien deja a un lado las gradaciones sutiles de la objetiva y la subjetiva responsabilidades, cuya relevancia se encuentra incorporada en la conciencia del autor potencial, en la cálculo de sanciones preventivo-generales y en lugar de esto simplemente quiere trabajar sobre el esquema que se encamina en el adiestramiento entre estímulo-contraestímulo<sup>65</sup>, falsea la realidad. De todas maneras, esto es válido para la concepción principal que únicamente se trata acá. Que en casos particulares sólo podrían alcanzar reacciones que podrían dejar de considerar motivos más profundos<sup>66</sup>, esto es otro tema.*

<sup>65</sup> Sobre esto HAFFKE, ob. cit., (ver supra nota al pie 6), ps. 153/154; Michael BRELAND, *Lernen und Verlernen von Kriminálitat*, Opladen, 1975.

<sup>66</sup> Ver nota al pie 159.

Lógicamente, alguna vez eso puede cambiar. Las representaciones sobre la legalidad en general y la imputabilidad en especial son *también* proyecciones<sup>67</sup> del cuidado estatal del derecho penal<sup>68</sup>, el cual tiene absolutamente la posibilidad de trabajar con influencias innovadoras. Lógicamente, no es seguro si existen alternativas a la praxis existente. La variante de la psicología del aprendizaje o una regulación que prescindiera completamente de un principio de imputabilidad<sup>69</sup>, en caso de que ella pudiese comprobar su finalidad, entrarían con toda seguridad en conflicto con el *status* de autonomía del afectado, garantizado constitucionalmente.

Desde luego que la correlación existente entre la pena y el sistema de imputación históricamente desarrollado es sólo una condición mínima para la motivación

<sup>67</sup> Es en esta relación Michael BAURMANN. *Überlegungen zu einem Projekt: Rechtsbewusstsein in kriminalisierten Subkulturen, unveröffentlichtes Manuskript*, Frankfurt, 1976, que señaló, también como importante, la siguiente aclaración: "la representación de las propias construcciones y de las interpretaciones situacionales a través de las personas, a las cuales pertenecen los grupos criminalizados, se transforman significativamente en el momento en que ellas, o bien son aisladas de su grupo social (por ejemplo, en el "interrogatorio personal"), o por el contrario ingresan en el "primer contacto con las instancias de control social". Ilustrativo Eleanor HARTER- RUMA, *Conscience Development in Delinquency and Non- delinquency. The Relationship between moral Judgement, Guilt and Behaviour*, The Ohio State University, 1967; William HUDGINS, *Moral Reasoning in delinquent Boys and their Mothers*, The University of Texas at Austin, 1970.

<sup>68</sup> Ver Klaus LÜDERSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle*, 6b. cit., ps. 201 y ss.; el mismo, *Politische Grenzen des Rechts - rechtliche Grenzen der Politik*, ob. cit., p. 13.

<sup>69</sup> Ver los rechazos de los doctrinarios americanos -en primer lugar las limitaciones sobre el derecho civil-, Guido CAIABRESI, *Die Entscheidung für oder gegen Unfälle, ein Ansatz zur nichtverschuldensbezogenen Allokation von Costeen*, en Heinz- Dieter Assmann, Christian Kirchner und Erich Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg/Taunus, 1978, ps. 259 y ss.

del autor potencial. A pesar de la extendida internalización de esa correlación, ocurren desviaciones (en caso de ausencia de esta internalización, tendríamos muchas otras cifras de criminalidad), cuyos fundamentos tienen que ser descubiertos. Tengo que tomar en consideración las informaciones de HASSEMER sobre el comienzo de explicación de la reciente criminología para la típica discrepancia entre las normas internalizadas y las conductas de los delincuentes<sup>70</sup>. También para las consecuencias surgidas de la general prevención, he de darme por satisfecho con esta enmienda; puesto que mi tema es exclusivamente la relación entre sistema de derecho penal y la prevención general<sup>71</sup>, de ahí que también no tenga en cuenta el interrogante sobre cuáles efectos preventivos generales surgen de la formación del derecho procesal y su aplicación en la práctica; cuáles relaciones -sólo para mencionar una palabra clave- existen entre prevención general y el "due process" (debido proceso)<sup>72</sup>. Hubiera sido necesario incluir la función que cumple el marco penal legal, sin embargo, esta cuestión la excluí por su estrecha relación con la aplicación de pena.

II. Solamente alguna mención sobre las consecuencias: consecuencias indeseables de una prevención general efectiva a causa de su orientación podrían no aparecer en el sistema del derecho penal, dado que el siste-

<sup>70</sup> HASSEMER, ob. cit., p. 25.

<sup>71</sup> Yo sigo acá como siempre la estricta separación existente entre sistema de derecho penal y criminología; ella es lógicamente muy problemática, ver para esto mi contribución en Bockelmann-Festschrift, ob. cit.

<sup>72</sup> Con el tiempo yo creo finalmente que debe considerarse esta cuestión procesal en una mucho más estricta relación con el interrogante jurídico material, ver para esto Klaus LODERSEN, en Erhard Denninger/Klaus Lüderssen, *Polizei und Strafproze\_ im demokratischen Rechtsstaat*, ob. cit, ps. 26 y ss., con numerosos ejemplos.

ma del derecho penal se basa en el respeto a la autonomía del autor que está expuesto a sanciones.

Si pudiera lograr hacer digna de discusión esta congruencia entre la ponderación de la finalidad y la libertad en el principio de la prevención general, o por lo menos sobre una base plausible, entonces estaría muy satisfecho. Pero este resultado lo quisiera explicar de un modo más amplio y con ayuda de la diferenciación, que ya hemos aceptado al principio de este artículo, entre la amenaza de la pena, la condena y la ejecución de pena.

1. Una *amenaza de pena* dirigida *ad incertas personas* (a personas indeterminadas) que está vinculada al fundamento de determinación y al principio de legalidad suficiente para que la imputación personal no lesione el *status* de autonomía en el fijado marco de penas.

2. Esto es también es válido para la *condena* que se basa en esta fundamentación, salvo que el proceso sea ilegítimo o la aplicación de la pena sea injusta<sup>73</sup>.

3. Más problemático resulta contestar el interrogante de cómo se excluye, en la *ejecución* de la pena, la programada función general preventiva del sistema del derecho penal, basada en la efectividad y la observancia del *status* de autonomía, y en esto me habré de limitar a la ejecución de la pena privativa de libertad. El condenado penal debe ser resocializado. Su confianza en la intención de los funcionarios penitenciarios, quienes lo ayudan en su resocialización, para alcanzar su libertad, sin cometer hechos delictivos, está puesta en crisis desde su origen, en el caso de que aquél se considere injustamente condenado. También la instrumentación preventivo-general, desde el punto de vista de la situación

de punición de estas personas, no puede lograrse: no se puede calcular bajo cuáles condiciones uno está expuesto a la carga de la resocialización<sup>74</sup>. ¿Pero cómo puede ser que a pesar de una culpabilidad inobjetablemente comprobada ya no exista una necesidad de resocialización? Este interrogante se presenta asiduamente a pesar de que el tribunal no podría deducir de esto ninguna consecuencia -salvo que lo haga sobre un concepto de culpabilidad modificado-. El establecimiento penal se encuentra confrontado a "menudo con este problema y con sustanciales consecuencias. Entre la condena y el comienzo de la ejecución de la pena existe, por lo general, un amplio espacio de tiempo durante el cual el condenado que aún permanece en libertad logra, de modo individual o con ayuda ajena, interrumpir su carrera criminal. La institución no puede salvarlo, como sí ocurre con la justicia con la suficiencia de una sentencia, sino que debe ajustarse al plan de ejecución de la pena -que quizás sea innecesario en este caso-, y tampoco puede colocarse "únicamente" en la situación cotidiana de perdonar o expiar. De acá que, en este punto, me habré de abocar al problema.

Este problema no aparecería si la categoría de la culpabilidad, como recientemente se trató de modo novedo-

<sup>74</sup> Siempre se vuelve a cuestionar, predominantemente por las personas que no están vinculadas profesionalmente con el sistema judicial, porque la resocialización estatal debe ser considerada necesariamente una carga. Acá surge una relación altamente problemática con los intereses de la libertad del individuo. Aún cuando la pena fuese derogada y en su lugar se complementaran respectivamente las ya impuestas medidas de mejoramiento y aseguramiento, aún quedarían pesadas cargas impuestas al afectado; las condiciones que tendrían que alcanzar las exigencias jurídicas estatales serían semejantes a las requeridas para los tipos penales del derecho vigente. Únicamente bajo estas condiciones las medidas que ocupasen el lugar de la pena podrían tener efectos preventivo-generales.

so<sup>75</sup>, fuera apropiada y determinada a incorporar puntos de vista de la prevención<sup>76</sup>; puesto que en estos casos no se llegaría a la condena. Pero estas interpretaciones se encuentran aún muy discutidas<sup>77</sup>. Si no se acepta este punto, entonces, en vista de los casos mencionados, podría ser dudosa la función preventiva general del sistema del derecho penal. ¿Es tan seguro que potenciales autores sean motivados para omitir actos delictivos, cuando la pena en determinadas circunstancias también alcanza a aquel que no la necesita para vivir en libertad en el futuro, incluso siendo culpable? En este aspecto, no pueden tenerse en consideración sospechas unánimes. Esto lo quiero ilustrar de forma gráfica con dos casos semejantes en los cuales -a causa de una resocialización efectivizada y sin discusión- fue solicitada la renuncia, por piedad, de la ejecución de una pena privativa de la libertad de muchos años.

En uno de los casos, se trata de una persona que había colaborado con un grupo de terroristas en el transporte de ciertas sustancias químicas -para la fabricación de explosivos-, por lo cual fue condenado -cinco años después- a una pena de cinco años privativa de la libertad y dos años más tarde (según la fuerza jurídica del caso) fue citado a comenzar el tránsito de ejecución de esa pena. Luego de la opinión unánime de todos los participantes del proceso, el acusado se había alejado interna y externamente de su acto, primero realizó un oficio y actualmente estudia y no tiene ningún tipo de

<sup>75</sup> Ver últimamente Claus ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion für Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979, ps. 279 y ss., con ejemplos.

<sup>76</sup> Las condiciones bajo las cuales debe estar vinculada una pena apropiada para la prevención, deberán existir también para la exigencia de la prevención en la existencia de la culpabilidad.

<sup>77</sup> La objeción principal de Günther STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg, Karlsruhe, 1977.



relación con el terrorismo. El actual Ministro insiste, de todas formas, en el cumplimiento de la pena<sup>78</sup>.

El otro caso es el de una niña de diecisiete años que, junto con una mujer no muy mayor que ella, descuidaron de modo grave a los hijos de esta última y como consecuencia murieron por inanición. De la misma forma que en el caso anterior, muchos años después de este hecho fue citada para el cumplimiento de la condena de tres años de privación de la libertad. En el ínterin esta mujer tuvo un hijo y encontró amparo en un hogar de madres solteras, actualmente trabaja, se preocupa por el cuidado de su hijo y el pronóstico social es muy favorable. Después de muchas idas y venidas, el Ministro renunció a la pena<sup>79</sup>.

El primer caso todavía no está decidido, pero con suficiente probabilidad, no habrá un perdón. ¿Por qué no? En este caso lo que podría conducir al rechazo del perdón de la pena es el hecho de que la población -o por lo menos el sector que es tomado políticamente en serio (los electores) por las autoridades- piensa que únicamente mediante el encierro se demuestra la severidad de las leyes penales, a los simpatizantes del terrorismo, y el peligro que representa la participación en organizaciones terroristas. En el otro caso, aparecen signos de que la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico resulta válida mediante la condena, que comprueba que no se puede exigir al Estado castigar a la ya resocializada autora. Detrás de esto se halla el pensamiento de que los homicidios de esta especie son casos aislados y no ponen en peligro a la totalidad.

Según de qué manera y qué alcance tenga la supuesta peligrosidad de un autor potencial, se exigirá el per-

<sup>78</sup> Ver noticia aparecida en *Frankfurter Rundschau*, 20 de febrero de 1979, p. 11.

<sup>79</sup> Sentencia del 30 de agosto de 1977 (Az: 26 KLs 1/73 StA Darmstadt).

don de la culpabilidad o el cumplimiento de la pena cuando, dentro de su ejecución, se deba trabajar, además, sobre los déficits de resocialización, todo ello bajo el principio de la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico. En la ejecución de la pena se demuestra, por lo tanto, que para la observancia del *status* de autonomía del afectado no alcanza con comprobar su culpabilidad. Frente a esto, recién está justificada la ejecución de la pena cuando también suceda algo que tenga sentido en su futuro. *Esto tiene su efecto en la legitimación de la prevención general. En miras de la ejecución, los límites no están fijados únicamente mediante el principio de culpabilidad; la posibilidad de resocialización y su necesidad como otra exigida condición se añade de la misma manera desde la perspectiva de la autonomía del afectado*<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> Sobre la vinculación entre la resocialización y la garantía de libertad, ver exactamente con ejemplos Klaus LODERSSEN, en Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten Band II*, Frankfurt am Main, 1975, p. 11 26/27. En general muy importante acá: Günter STRATENWERTH, *Strafrecht und Sozialtherapie*, Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979, ps. 901 y ss.

