

La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana*

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Derecho Penal

Frankfurt am M.

SUMARIO: I. Después de la guerra y de los nazis. 1. Luz y sombra; 2. Denunciantes y jueces; 3. Renacimiento del derecho natural; 4. Razonamiento hermético.—II. Dogmática de las ciencias del espíritu. 1. Razonamiento hermético; 2. La teoría de la acción final; 3. Dogmática y metodología; 4. Política criminal de las ciencias del espíritu.—III. Teoría penal orientada a las consecuencias. 1. Política criminal orientada a las consecuencias; 2. Crítica al derecho penal; 3. Realidad e infinitud; 4. Aspectos conflictivos: a) protección de bienes jurídicos, b) prevención intimidatoria; c) resocialización; d) ciencias sociales, ejecución penal y formación de los juristas.—IV Derecho penal funcionalista. 1. Fundamental; 2. Ejemplos a) Tendencias; b) Ambito e instrumentos; c) acuerdos en el proceso penal; d) Agudización de la necesidad de la coacción. 3. El rol de la ciencia penal. a) Ciencia y praxis; b) Dogmática penal; c) Teorías de la pena; d) política criminal. 4. Preguntas y tareas.

I. DESPUÉS DE LA GUERRA Y DE LOS NAZIS

1. Luz y sombra

Después de 1945 ni la práctica jurídica ni la percepción del derecho volvió a ser como antes. No es un buen argumento que esto se haya po-

(*) Traducido por Hernán Hormazábal Malarée, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Girona.

dido constatar poco a poco y que por ejemplo, en 1968 el abismo respecto a 1944 aparecía más profundo que en 1948. Más bien antes prueba la impresión conforme a la cual la dimensión de los daños de la época del nazismo era difícil de apreciar y que sólo se pudo llegar a ella lenta y esforzadamente (1). Esto no quiere decir que el período nazi se apareció un día sin anunciarse y que después otro día se despidió sin más. Se sobreentiende que este período se fue preparando y también se sobreentiende que de diversas formas ha tenido continuidad (2). Más que nada se quiere destacar, por una parte que la praxis y la ciencia jurídica de la República Federal están profundamente marcadas por los acontecimientos del período nazi y, por la otra, que estas experiencias no están lisa y llanamente disponibles. Estamos más dispuestos a imaginarnos nuestro pasado y a borrar sus huellas en nuestro presente. (Por su parte, que esta tarea, por lo menos en apariencia, esté estimulada por las cuestiones que se vinculan con el juicio jurídico que merece la República Democrática Alemana, se apunta sólo al margen).

Este desdoblamiento entre luz y sombra dificulta extraordinariamente una interpretación correcta del período de la postguerra (y con ello también del período posterior) y facilita los fraudes y las falsas afirmaciones. El análisis de precisamente este período de nuestra historia tiene que contar con intereses actuales y controvertidos en determinadas conclusiones: mucho dependió y para muchos depende de cómo terminan estas conclusiones (3). A mayor abundamiento se puede esperar que los mencionados obstáculos precisamente en el ámbito del derecho penal, de su praxis, y también de su contenido científico, sean especialmente altos. Aquí se trata de una forma específica precisamente de nosotros mismos: de las normas fundamentales que aquí están en vigencia, de consecuencias jurídicas corporales, de moral cotidiana y por eso también de un vivo interés de la gente acerca de lo que pasa en este ámbito.

(1) Instructiva a este respecto en el ámbito del derecho penal la temprana exposición de Eb. SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1.^a Edición, 1947; 3.^a Edición (1965), párrafos 345 y ss. bajo el título «Der Zusammenbruch der deutschen Strafrechtspflege im nationalsozialistisch-totalitären Staate».

(2) Esta perspectiva, en especial en el ámbito del derecho penal, ha sido trabajada por NAUCKE. Cnfr. en lo que respecta al método *Tendenzen in der Strafrechtentwicklung*, 1975, pp. 14; también para el contenido *Ueber Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, pp. 9 y ss.; *Entwicklung der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in W. HASSEMER (editor), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 25 y ss.

(3) Un análisis temperamental de los años 1945 a 1948 bajo el epígrafe «Irrtümer und Illusionen» en DIETER SIMON, *Zäsuren im Rechtsdenken*, en Broszat (Editor) *Zäsuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der Deutschen Nachkriegsgeschichte*, 1990, pp. 153 y ss.

Según mi opinión, si se aceptan reservas de esta naturaleza, hoy (todavía) no podrían defenderse contundentes tesis sobre las consecuencias del período nazi en el derecho penal y su ciencia (4). El peligro de imágenes coherentes pero falsas es enorme. En lugar de eso, primero se debería sin más ni más sostener aquello que tenemos frente a nuestros ojos y sacar de allí con mucho cuidado las conclusiones.

2. Denunciantes y Jueces

En todo caso, desde esta vía hay que partir: después de la caída del dominio nazi y en la postguerra estaba sin resolver en el ámbito del derecho penal un específico problema práctico que requería con urgencia una solución. Este problema era solucionable teóricamente sólo por una determinada vía. El problema y su desarrollo teórico conducían directamente al clásico dilema del «injusto legal» presente en el derecho (penal) de todas las épocas. Me refiero al problema de los «hechos del pasado» como hoy se dice tan de buen grado (5), y a la imposibilidad de resolverlos sin recurrir a principios jurídicos suprapositivos.

Después de la guerra y de los nazi, por sobre todo la praxis jurídica así como la teoría penal interesada tanto en la teoría del Estado como en la filosofía del derecho, se han referido a este dilema buscando una salida (6). El mencionado dilema se cristalizó en forma especialmente pura en dos constelaciones: en la de la punibilidad de los denunciantes que entregaron a los afectados al poder estatal (7) y en

(4) Como prueba para la justicia de este planteamiento se me presentan también las certezas, sin embargo cada una diferenciable, con las que se aclara el significado de «positivismo jurídico», durante y después del nacionalsocialismo; ejemplos y pruebas en LAAGE, *Die Auseinandersetzungen um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945*, en KJ 1989, 409 y ss.; MANFRED WALTHER, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im «Dritten Reich» wehrlos gemacht?*, in Dreier/Sellert (Editor), *Recht und Justiz im «Dritten Reich»*, 1989, pp. 323 y ss. Las exposiciones se vinculan en el famoso tratado de GUSTAV RADBRUCH *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (SJZ 1946, 105 y ss.; actualmente en: RADBRUCH, *Gesamtausgabe* 3, *Rechtsphilosophie* III, 1990, pp. 83 y ss.)

(5) Cnfr. SAMSON, *Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands*, en NJW 1991, 335 y ss.

(6) Ilustrativo en este aspecto el «número especial» del SJZ de marzo de 1947 «Humanitätsverbrechen und ihre Bestrafung» con contribuciones de V. HODENBERG (113 y ss.), A. WIMMER (123 y ss.) y RADBRUCH (págs. 131 y ss.).

(7) Paradigmático OLG DRESDEN, SJZ 1947, 519 m., comentario de Henneka, 522 («Zur Strafbarkeit der Denunziation als Verbrechen gegen die Menschlichkeit»).

la punibilidad de los jueces que aplicaron «leyes injustas» positivamente vigentes (8).

En ambos casos el problema estructural es el mismo: el que —y siempre sobre que fundamentos— no está dispuesto a reconocer dentro de lo posible una diferencia entre ley (positiva) y derecho (justo), no puede discutir razonablemente el fenómeno. No será capaz no sólo de ver como podría en estos casos fundamentarse una punibilidad, sino que tampoco de ver donde reside el problema: finalmente tanto los denunciantes como los jueces no hicieron otra cosa diferente a la que habrían de hacer posteriormente los funcionarios de ejecución y cumplimiento. Sólo fueron ejecutores de la situación jurídica vigente (9). Si más allá de esta situación jurídica no hay ninguna fuente jurídica (sino meros sentimientos jurídicos, opiniones subjetivas, convicciones jurídicas fácticas), el problema jurídico de los denunciantes y de los jueces penales ha quedado —en el doble sentido de la palabra— «solucionado», incluso antes de que éste haya sido definido teóricamente.

No sólo el derecho penal de la República Federal Alemana —en la praxis en forma mucho más amplia que en la teoría (10)— ha estado durante décadas ocupándose de la criminalidad del poder nacionalsocialista. Lo mismo puede decirse respecto de los problemas próximos del derecho constitucional (11). No obstante, esta tarea ha marcado a la ciencia del derecho penal (12) en forma proporcionalmente menor que la cuestión sobre un derecho suprapositivo, cuyo fundamento y medida

(8) Paradigmático COING, *Zur Frage der Strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze*, en: SJZ 1947, 61 y ss.; el trabajo se vincula también con las tesis de RADBRUCH sobre el injusto legal y el derecho supralegal (SJZ 1946, 105).

(9) Naturalmente que también aun hoy se puede encontrar exactamente la misma estructura de problema en los casos de espionaje de la antigua República Democrática Alemana. La discusión no se lleva en torno a la situación jurídica de acuerdo con el Código Penal pues es bastante clara. Gira en torno a la pregunta de si se puede corregir esta situación jurídica con principios supraleales y cuáles son éstos.

Esto se puede ver muy claramente en dos sentencias del BGH y del KG que se refieren a los mismos problemas jurídicos, de mayo y de julio de 1991, pp. 81 y ss.

(10) Ampliamente H. JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, 2. Aufl. (1982).

(11) Un ejemplo destacado es la ulterior derogación de la prescripción para el asesinato y el genocidio. A este respecto LÜDERSSEN, *Politische Grenzen des Rechts, rechtlichen Grenzen der Politik*, en: el mismo en *Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen*, 1981, pp. 143 y ss., así como las contribuciones en ZRP de 1979: VOGEL (1), EYRICH (49), MAIHOFFER (81), KLEIN, BAUMANN, LEWALD (145 y ss.).

(12) Como en JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, donde de la exposición del contenido del trabajo se puede inferir que el tema se reduce a los siguientes aspectos: autoría y participación, estado de necesidad frente a un mandato, conciencia del injusto, punibilidad del genocidio y conductas preparatorias de la guerra.

podría ser para una crítica de la legislación nacionalsocialista y otras prácticas jurídicas, la cuestión que conecta con el problema de los denunciantes y jueces penales. Nos ocuparemos de ella bajo el epígrafe «Renacimiento del Derecho Natural» (13) y habremos de constatar graves consecuencias para el derecho penal y su ciencia.

3. Renacimiento del derecho natural

Cuando hoy en referencia a esa época se habla en una escala que va entre la amargura y la mueca burlona, de «reanimación», «retorno» o «renacimiento» del derecho natural, se simplifica demasiado y se pierde de vista la situación ideológica de la postguerra. Ciertamente que la necesidad de un apoyo prepositivo precisamente en el ámbito del derecho penal, significa traer una especie de fundamento jurídico que en una sociedad secular resulta inaudito e inadmisibles en la medida que quiere sustraerse anticipadamente de una crítica material. Sobre todo el tristemente célebre tomo 6 de la Cofección Oficial de sentencias del BGH en materia penal fue una fuente de recursos a la que se recurrió de muy buen grado (14).

Pero, antes que nada hay que contar con el sencillo hecho de que en 1954, cuando fueron pronunciadas estas sentencias la situación ideológica de la República Federal era diferente a la de los cuarenta años posteriores: las sentencias del Gran Senado, citadas tan de buen grado, no satisfacen precisamente la desesperada búsqueda de un fundamento nor-

(13) Este concepto afecta, en mayor (como al derecho penal) o menor medida a diversos ámbitos jurídicos. Sistemáticamente pertenece a la filosofía del derecho y, por lo mismo allí se discute en forma más exhaustiva que aquí (U. NEUMANN, *infra* I.). Para detalles me remito a ese texto.

(14) Se mencionan las dos sentencias de la punibilidad de las parejas de amantes» (BGHSt 6, 46) y la participación en una tentativa de suicidio de un tercero (147). Ambas provienen del Gran Senado y eluden violentamente el fino problema de la fundamentación jurídica. En especial la elocuentemente representativa ley sobre la moral, que moldeó normativamente el texto legal y su interpretación, (a cuyo contenido el Senado accedió fácilmente), pudo fundamentar en un abrir y cerrar de ojos las dos sentencias privativas de libertad: «El ordenamiento moral quiere que el tráfico entre los seres humanos se haga efectivo fundamentalmente en la pareja monogámica, porque el sentido y la consecuencia del tráfico es el niño (53). Ya que la ley sobre la moral desapruueba estrictamente todo suicidio, prescindiendo quizá de excepciones aparentes, ya que nadie puede disponer soberanamente sobre su propia vida y darse muerte, el derecho no puede reconocer que el deber de asistencia del tercero tenga que ceder ante la voluntad moralmente desaprobada del suicida concretada en su propia muerte» (153).

mativo suprapositivo a partir del cual podría haberse rechazado en forma científicamente aceptable el injusto expresado en forma de leyes positivas (15). Antes bien sólo cubren el olor a moho normativo de los años cincuenta: una actitud dominante teórico-cognoscitiva inexperta, filosófico valorativamente ingenua y sin sensibilidad para otras valoraciones.

Después de la guerra y de los nazis se plantearon inmediatamente otras exigencias en la Filosofía del Derecho y en el Derecho Penal (16). Con posterioridad al nacionalsocialismo, prescindiendo completamente de la tarea de encontrar una base de enjuiciamiento y de acción que no renegara de los acontecimientos de los últimos doce años, tarea en la que todos estaban empeñados (17), los juristas, en especial los penalistas, se hallaron frente a un problema de derecho natural que decididamente no se debía soslayar: los denunciantes no habían mentido, los jueces habían ejecutado conforme a la *lex artis* los preceptos penales formalmente vigentes y aprobados, y el resultado en sí mismo expresó una discreta comprensión de la proporcionalidad y una burla afrentosa al juego limpio o a los derechos humanos.

El mismo problema, visto desde otra perspectiva: Si se acepta como correcto (18) que sólo la desviación flagrante del Juez de una interpretación legal generalmente aceptada (¿justa?), es «prevaricación» (§ 336 del C.P.A.), pues en caso contrario no se podría garantizar la independencia judicial, y si se acepta como correcto (19) que el § 336 del C.P.A. despliega un efecto de bloqueo frente a otros tipos que estén vinculados con el eventual fallo judicial, ya que de otro modo la desvinculación judicial ante el homicidio, las lesiones corporales o las detenciones ilegales se vería socavada, entonces la insostenible conclusión (20) será que la justicia penal finalmente se habrá absuelto a sí misma de una participación criminal en el terror nazi.

(15) Una panorámica condensada y crítica a la jurisprudencia jusnaturalísticamente argumentada en RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 1981, pp. 111 y ss.

(16) Con más detalles ARTHUR KAUFMANN, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre -und was daraus geworden ist*, en Festschrift fUr Gagner, 1991, pp. 105 y ss.

(17) Esto puede estudiarse en GUSTAV RADBRUCH *Leben und Denken in dieser Zeit*. Orientación política, práctica cotidiana, teoría del conocimiento y filosofía valorativa están descritas cuidadosamente y en forma informativa en ARTHUR KAUFMANN: GUSTAV RADBRUCH. *Rechtsdenker, Philosoph. Sozialdemokrat*, 1987, pp. 147-167.

(18) *Argumentation und Belege* en BGHSt 10, 294 (pp. 298 y ss.)

(19) *Límites de aplicación de este principio* en BGHSt 2, 173 (175ff.); Sentencia de 12-2-1952.

(20) Crítica con más indicaciones en BEMMANN, *Ueber die strafrechtliche Verantwortung des Richters*, en *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, pp. 308 y ss.; SPENDEL en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10.^a Ed. (1982), § 336, N.º marginal 79 y ss.; N.º marginal 92 para el caso del asesor del Tribunal del Pueblo Rehse.

Después de 1945 la inclinación del derecho penal, científico y práctico, hacia la justificación jusnaturalista no era sólo comprensible, sino que era necesaria; sin una base normativa más allá de la ley positiva no podían ser posibles ni una nueva orientación jurídico penal en general, ni una judicatura convenientemente determinadas conforme a la situación.

En otra página está naturalmente la pregunta acerca de con qué intensidad, grado de fundamento, de absolutez y de abstracción tenían que estar equipadas (21) las normas prepositivas para poder cumplir con las mencionadas tareas. Aquí se puede criticar justificadamente que la ciencia penal de la postguerra, orientada desde la filosofía jurídica (22), apuntó demasiado alto desde un punto de vista normativo, de tal modo que el estilo de sus alegaciones a favor del derecho prepositivo aparecieron demasiado enérgicas y sus dudas teórico cognoscitivas muy débiles. También se puede criticar que se concentró demasiado en el derecho penal material y poco en el procedimiento penal y en la práctica concreta de la legislación penal, de la imposición y de la ejecución de la pena. Pero, por sobre todo en esos años la polémica con el injusto penal del período nazi fue en esos años abstracta y normativa y por lo tanto muy restringida. Recién mucho más tarde comenzó a tomar conocimiento en forma sistemática de hechos concretos y a relacionarlos con el orden penal del período nazi: la realidad del procedimiento penal y de aquellos procedimientos que de hecho en determinadas situaciones vinieron a ocupar su lugar; de la ejecución penal; del número y estructuras de los sentenciados; de la justicia penal, de la policía e instancias de control paraestatales etc. (23).

4. Razonamiento hermético

Esta orientación de la ciencia penal en el período postbélico y después de los nazis tuvo consecuencias que pronto pudieron observarse. Dos de ellas se destacan claramente: el desinterés en las consecuencias prácticas de las opciones dogmático jurídicas, en especial de las político

(21) Orientaciones sobre estas variantes en ELLSCEID, *Das Naturrechtsproblem*. Una orientación sistemática en KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 5.^o Ed., pp. 189 y ss., 203 y ss.

(22) Amplias indicaciones en mi bibliografía sobre los puntos de vista especiales ontología jurídica; naturaleza de las cosas; estructuras lógicas objetivas; teoría jurídica institucional, concreto pensamiento del orden, concepción orgánica del derecho; fenomenología y derecho; filosofía existencial y derecho en ARTHUR KAUFMANN (Ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, pp. 664 y ss.

(23) Eb, SCHMIDT, *Einführung*, 345 y ss.

criminales y la tendencia a apoyar las aseveraciones normativas con fundamentos profundos y herméticos.

En el umbral de la ciencia jurídico penal nacionalsocialista se cita (24), con complacencia, la Jornada del grupo nacional alemán de la Asociación Internacional de Criminología del 12 y 13 de septiembre de 1932 en Frankfurt a. M. Allí debía tratarse la «Prosecución de la reforma penal» con el objetivo de confirmar las tendencias liberales, sociales y del estado de derecho de entonces. Sin embargo, esta confirmación se consiguió adicionando una frase demoledora: «sin perjuicio del reconocimiento de la influencia de nuevas corrientes espirituales y de significativos cambios en relación con las fuerzas políticas». Pero, siempre —y de esto se trata ahora— la política criminal y sus fundamentos fueron en aquella ocasión un objeto que se sobreentendía en la polémica.

Esto cambió a continuación. El grupo nacional alemán de la A.I.C. no volvió a reunirse nunca más y la política criminal dejó de ser, del mismo modo que otros aspectos de la praxis real jurídico penal, objeto del interés científico jurídico penal. Naucke en particular, ha demostrado, utilizando como ejemplo el Libro Homenaje a Kohlrausch de 1944 (25), hasta que punto la ciencia penal de aquella época se enclaustró en el razonamiento teórico cerrando los ojos frente a lo que ocurría en su entorno. Esto, como se verá a continuación, incluso no cambió al final de la guerra durante mucho tiempo.

Tampoco quedó sin consecuencias el rotundo estilo de sostener sus tesis con que se acorazaba la ciencia penal antes y después de 1945. Sobre todo la filosofía del derecho, en la que Kant tuvo continuadores en el período de la República de Weimar y en su correspondiente espíritu, proveyó de escepticismo frente a los principios normativos y fundamentó un despertar y una sensibilidad teórico cognoscitiva, —ciertamente un buen equipamiento para defenderse de una propaganda improductiva a favor de los «nuevos» o incluso también sólo «eternos» valores (26) que pronto habrían de aparecer—. El dilema «injusto legislativo» y «derecho prelegal» demandaba una mayor intensidad y fortaleza en sus afirmaciones y se dejó seducir por el jusracionalismo. Escepticismo y sensibilidad fueron ingredientes demasiado débiles para preparar una receta para dominar normativamente al terror expresado en forma de leyes. Se necesitaban otros pertrechos capaces de superar normativamente a las leyes e inmediatamente después de la guerra a los Tribunales penales les pareció de bastante poca importancia de donde sacar esos pertrechos.

(24) Por ej. Eb. SCHMIDT, *Einführung*, § 345 y ss.

(25) NAUCKE, *Ueber das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, en ZStW 85 (1973) pp. 399 y ss., pp. 404 y ss.

(26) Tengo como paradigmático RADBRUCH, *Essay der Relativismus in la Filosofia del Derecho*, en: el mismo, *Gesamtausgabe* 3, pp. 17 y ss.

Las aseveraciones jusnaturalistas, aun cuando sólo en sus resultados, pueden ser útiles en las horas de asedio normativo. Sin embargo, como instrumentos de la justicia penal o de la ciencia penal son desoladoras:

- Ellas no se escudan en primer lugar en contra de la crítica y del control (que son las columnas en que se apoya la constitución judicial del estado de derecho), sino sólo en contra de las alternativas del que toma decisiones y se fundamenta en ellas;
- Impiden una participación democráticamente organizada de los afectados en la elaboración de normas jurídicas de cualquier tipo;
- amplían un clima de deducción normativa y
- excluyen la influencia de los expertos en la creación y desarrollo del derecho.

También esta característica de la ciencia penal de la época se ha mantenido durante mucho tiempo.

II. DOGMÁTICA DE LAS CIENCIAS DEL ESPÍRITU

1. Razonamiento hermético

Se puede presumir que concentración en las cuestiones fundamentales del derecho penal material, postergación de la organización jurídica y fáctica del procedimiento y de la política criminal real y de sus consecuencias, fueron también estrategias para no ver la realidad. De este modo, la polémica con el nacionalsocialismo se traspuso a las esferas más altas de la fundamentación de valores de modo que no tuvo necesariamente que tomar conocimiento de sucios detalles, en todo caso ni siquiera tener que entrar a hablar de ellos.

El pertrechamiento con enunciados normativos con certeza jusnaturalista no era sólo un medio de defensa legal del injusto. Constituía también naturalmente también un fuerte blindaje. Si conseguía con este blindaje saltar a la arena, tenía en la actual polémica poco que temer y podía contar en alguna pequeña medida con que sus aseveraciones no se iban (tan rápidamente) a transformar en víctima del espíritu cambiante de los tiempos: ya constituye un específico y tradicional signo distintivo de la fundamentación normativa jusnaturalista, el que esté relevada de la demostración histórica de su desarraigo espacial y temporal.

Sin embargo, la concentración en un razonamiento normativo y el blindaje jusnaturalista de los enunciados, no sólo fueron un signo de marca de la primera ciencia penal posterior a 1945. También distinguieron a la ciencia penal en la etapa siguiente, etapa que ya no puede ser ca-

racterizarla suficientemente con la misión de renovar el injusto nacionalsocialista. Esta etapa tuvo otro color. Llevó a la ciencia penal, como algunos opinan (27), al punto más alto del perfeccionamiento dogmático, el que teóricamente culminó (28) con la teoría de la acción final (29) (supra 2.) y en la polémica a que dio lugar (30), (supra 3.) consumándose político criminalmente en el famoso Proyecto de 1962 (31) (supra 4.).

2. La teoría de la acción final

Naturalmente que la teoría de la acción final (como básicamente el conjunto de la anterior dogmática de la República Federal Alemana, pero más claramente acentuada) tuvo que ver con el ideario nacionalsocialista (32). Esto es muy natural porque los principios básicos de esta teoría se retrotraen al comienzo de los años treinta y porque también está sujeta a la impronta ideológica de esa época. Aun cuando no puede hacerse objeto de discusión el hecho de que la teoría de la acción final ha-

(27) Separación crítica en lo concreto, pero con reconocimiento del nivel en que el finalismo ha colocado las cuestiones fundamentales de la ciencia penal: ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en el mismo: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 72 y ss.; El mismo WELZEL precisamente no calló los méritos de su teoría: ver *Um die finale Handlungslehre*, 1949, pp. 30 y ss.

En castellano, de WELZEL puede verse *El nuevo sistema del derecho penal*, 1964, Ariel, Barcelona, traducción de JOSÉ CEREZO MIR. De la obra de ROXIN existe una traducción de LUZÓN PEÑA «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción» en *Problemas básicos de derecho penal*, 1976, Ed. Reus, Madrid p. 84 y ss.

(28) En lo concreto naturalmente discrepando, sin embargo en el razonamiento en el mismo sentido WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1957, 2.^a Ed. (1959). Actualmente ha continuado este trabajo MULLER DIETZ, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945*, en GA 1992, pp. 99 y ss.

(29) Sobre las exposiciones del finalismo en particular como una «Epoche strafrechtlicher Systembildung» B. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en: el mismo, (Ed.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 34 y ss.

Hay traducción castellana de J.M. SILVA: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, Tecnos, Madrid. (Nota del traductor).

(30) Sobre el final de esta etapa y el período posterior, SCHMIDTHÄUSER, *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?*, en JZ 1986, 109 y ss.

(31) *Entwurf eines Strafgesetzbuches v. 4.10.1962*, BT-Dr. IV/650.

(32) Cnfr. FROMMEL, *Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, en: Reifner/Sonnen (Ed.) *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, 1984, p. 86 y ss.

bría favorecido al nazismo o de que habría fortalecido las posiciones de las escuelas antiliberales del período nazi (33), es también manifiestamente notorio que la concepción personal de la acción y del injusto como signo distintivo central del pensamiento penal finalístico (34), tenía una correspondencia, justa de acuerdo con su época aunque deformada, en el «derecho penal de voluntad» del ideario jurídico del nacionalsocialismo (35).

La teoría de la acción final desde un comienzo irrumpió con una arrogancia propia de la conciencia de su valor y armada con fuertes perrechos. No tenía otra cosa en su pensamiento que elevar a la ciencia penal al nivel de la filosofía y antropología de su época y al mismo tiempo con vocación de larga permanencia. En gran parte esto también lo consiguió (36).

El adversario con que tenía que enfrentarse la teoría de la acción final, estaba sin embargo mal apuntalado en una arena que era decisiva y que el finalismo podía prefijar. La teoría que entonces habría de sobrevenir con la etiqueta de «causal», no se había preocupado en absoluto de las cuestiones que ahora iban a ser esenciales. Esta teoría tenía un pensamiento convenientemente sistemático, había analizado, ordenado y armonizado y con ello había producido un sistema de enunciados que si bien era absolutamente complejo y fungible, no tenía conciencia de si mismo. A esta teoría era fácil ponerla en apuros con preguntas sobre los «reales», los sólidos fundamentos de su sistema y en su «exposición», ridiculizarla.

Ciertamente, que sobre todo en el cambio de siglo, en la llamada «disputa de las escuelas», se había polemizado sobre cuales debían ser los justos fines de la pena y también se había recurrido a los teoremas (37) de la filosofía y de las ciencias empíricas. Ciertamente que Franz von Liszt en su «Programa de Marburgo» (38) había delineado la visión de una «Ciencia Penal Integral» y que con ello había también tratado al sistema

(33) Fundamentalmente sobre estas cuestiones MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, 1974, en especial pp. 76 y ss., 86 y ss.

(34) Detalles en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1, 7.^a Ed. (1987), § 16 II B 1.

(35) En el mismo sentido SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a Ed. (1975), N.^{os} marginales 7/14.

(36) Condensado resumen en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.^a Ed. (1988), § 22 V 2-6.

(37) Discusión e información en FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften*, 1987, en especial pp. 42 y ss.

(38) VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en ZStW 2 (1883), pp. 1 y ss.; sobre el particular NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, en ZStW 94 (1982), pp. 525 y ss.

penal desde fuera. Ciertamente que los neokantianos y los neohegelianos habían intentado aprovisionar (39) al derecho penal con sus tradiciones filosóficas, pero, ante las pretensiones del finalismo eran insignificantes piedrecillas.

El finalismo irrumpió con una ciencia unitaria que daría fundamento al núcleo del derecho penal, —a la acción, al injusto y a la culpabilidad—, y con la certidumbre que da el hecho de que esta ciencia apoye sus cimientos en el ser (40). No sólo meras tradiciones u opiniones, sino «estructuras lógico objetivas», salían como garantes de la corrección de la teoría científica jurídico penal. Los fundamentos del derecho penal no eran objeto del ideal o de meras convenciones, sino accesibles desde el conocimiento científico (por tanto, cerrados a la ceguera científica). El legislador no podía decidir sobre la regulación justa; el podía encontrarla o perderla y esta certeza metódica de los finalistas no se limitaba simplemente a cuestiones básicas fundamentales y, por lo tanto comparables y no vinculantes, sino que se extendía hasta aspectos particulares de la posición del dolo en la estructura del delito, de las relaciones entre autoría y participación (41) o de la omisión impropia (42).

En contra de esta teoría no se desarrolló un antídoto dogmático, sino metodológico y este se puso de manifiesto prontamente con consecuencias fácilmente perceptibles.

Toda opinión disidente en relación con aspectos centrales sobre acción, injusto, participación, dolo u omisión no tenía nada que hacer si no se había pertrechado también con certeza jusracionalista «lógico objetiva». Por lo mismo una teoría que fuera sólo contraria a las tesis del finalismo sobre el derecho penal, no podía esperar nada ni siquiera en orden a llamar la atención del científico, del legislador o del práctico jurídico, porque el estilo de sus afirmaciones era demasiado débil: una ciencia jurídico penal, un legislador o una jurisprudencia que la acompañen, para remover en su pensamiento concreto y en su acción verda-

(39) Un buen ejemplo es el trabajo de habilitación de RADBRUCH de 1904: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*. Sobre este trabajo y su relación con la teoría de la acción final Arthur Kaufmann en la nueva edición de 1967, pp. VII y ss.

(40) Sobre este punto ver WELZEL: *Lehrbuch. Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a Ed. (1969), § 8 I, II.

Hay traducción castellana de esta edición de BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ: *Derecho Penal Alemán*, 1976 2.^a Edición castellana, Santiago de Chile.

(41) «El que quiera regular las acciones, tiene tener en cuenta la estructura ontológica de la acción. La estructura del comportamiento humano final y la función del dolo en ella no puede ser cambiada por el legislador, sino que tiene, si quiere regularla, vincularla en su regulación con ella. En caso contrario, yerra en el objeto de regulación». (WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951, p. 197).

(42) ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 17 y ss.

des lógico objetivas fundamentadas en el ser, no puede permitirse ser perturbado por una crítica que en lo fundamental impugne dichas verdades pero que no afirme para si misma un fundamento lógico objetivo (cuáles serían los fundamentos). Desde un punto de vista metodológico, el finalismo en las huellas de un jusnaturalismo redescubierto, reventó los precios.

3. Dogmática y metodología

En contra del finalismo no apareció ninguna teoría Penal que se pertrechara con el derecho natural. Sobre las causas sólo se puede especular. Podría ser que posibles críticos del finalismo tuvieran tan arraigado en su corazón la exigida separación entre ser y deber ser, que ciertamente el finalismo despreocupadamente soslayó, que no quisieran seguir por este camino a la filosofía de la «lógica objetiva» o de la «naturaleza de las cosas». Puede haber jugado un rol el hecho de que el finalismo se había anticipado en ocupar el ámbito de la «lógica objetiva», de modo que un crítico si quería estar en iguales condiciones, no podía tener opciones dogmáticas sino sólo metodológicas: o bien machacar al finalismo en su estilo de exponer sus afirmaciones o construirse para si mismo un estilo igualmente fuerte. Ambos supuestos presuponen empeños filosóficos y ese no fue el sentido hacia el que se inclinó la teoría penal de entonces (43).

Por eso, las polémicas con el finalismo que prometieran algún éxito, se desarrollaron en el plano metodológico. Sin embargo, estaban más o menos sentimentalmente comprometidas y finalmente el anunciado éxito no tuvo lugar. Dos trabajos son en este sentido paradigmáticos.

Stratenwerth, uno de los discípulos de Welzel, se ocupó en 1957 con una significativa distancia de su teoría, del problema de la «naturaleza de las cosas». Su trabajo, a pesar de su título, era en su contenido una polémica con la teoría de las «estructuras lógico objetivas» (44). En él Stratenwerth se separó notablemente de la indolencia metodológica de otros finalistas, aclaró la diferencia entre realidad ontológica y valor y de la base «lógico objetiva» del derecho penal no dejó otra cosa que una mera «dirección de la mirada sobre el ser humano como persona»

(43) Se puede observar muy bien en HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtdogmatik nach Welzel*, en *Festschrift der Rechtswissenschaftliche Fakultät zu Köln*, 1988, pp. 399 y ss.

(44) STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957.

como punto de vista valorativo (45). Con esto, estrictamente desde una perspectiva dogmática, no había por donde empezar porque con una fórmula como esta casi todos los contenidos del discurso dogmático coinciden.

A continuación, Engisch en el año 1961 en una polémica metodológica que sostuvo sobre todo con el finalismo y también con Stratenwerth, formuló una sola pregunta decisiva: «¿Donde acaba la estructura del ser y donde comienza el punto de vista valorativo? ¿Cuáles son los criterios conforme a los cuales podemos decidir si algo y qué, si acaso, debemos atribuir, en la comprobación de la auténtica «naturaleza» del ser humano, a la prerrealidad ontológica o a las valoraciones morales y jurídicas? (46). Sin embargo, le reprochó a Stratenwerth (47), el haber sido vacilante en la admisión de realidades preontológicas.

En resumen: la crítica metodológica no atacó frontalmente a la base del finalismo y por lo mismo ni siquiera agitó su teoría dogmática. En la ciencia penal hasta hoy no se ha decidido que estatus metodológico tienen exactamente sus planteamientos dogmáticos centrales: por ejemplo, si el traslado del dolo en la construcción del delito está dispuesto por la naturaleza (de las personas) o sólo guarda relación con algunos motivos de conveniencia; si la personalización de la teoría del injusto sólo puede apoyarse en el espíritu de la época o en una justicia pretemporal. Estas constituyen para un interés filosófico en la ciencia del derecho penal, dolorosas lagunas. Con la teoría de la acción final y sus adversarios (48) al final ha pasado lo que Thomas Kuhn ha descrito refiriéndose a las tentativas rupturistas revolucionarias que periódicamente aparecen en el ámbito de las ciencias (49): se ha olvidado su teorema dogmático en tanto que no se ha asumido en ninguna forma, y su metodología no se ha rebatido sino que se ha olvidado y a continuación se ha retomado de otra manera el hilo de la discusión en otro lugar (50).

(45) *Op. cit.*, en especial pp. 17 y ss.

(46) ENGISCH, *Zur «Natur der Sache» im Strafrecht, Ein Diskussionbeitrag*. Citado conforme a KAUFMANN (Edit.), *Die ontologische Begründung etc.*, p. 216.

(47) *Op. cit.*, pp. 212 y ss. y 216 y ss.

(48) Algo más detallado desde una perspectiva científico sociológica, véase mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 23 Ed. (1990) pp. 226 y ss.

Hay traducción castellana de la 1.^a edición de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO: *Fundamentos del derecho penal* (1984), Ed. Bosch, Barcelona. (Nota del T.).

(49) KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967, *passim*. Un empleo de este enfoque en la criminología se encuentra en KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichendes Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, 1974, en especial pp. 15 y ss; sobre el particular W. HASSEMER, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, en *JZ* 1976, 164 y ss.

(50) Es moda desde hace algún tiempo, referirse en la constatación de cualquier alteración en el ámbito científico bien sea al modelo de Kuhn y diagnosticar un «cambio de paradigma» o de denunciar, por aquellos que lo hacen, el precipitado ascenso de su

4. Política criminal de las ciencias del espíritu

El signo distintivo de esa etapa, a saber la concentración en los fundamentos teóricos de la disciplina y la inclinación a apoyar herméticamente las afirmaciones científicas, fueron veneno para toda trascendencia político criminal de la ciencia penal: la política criminal no requiere tanta concentración en los fundamentos teóricos sino mucho más en una mirada hacia una «ciencia penal integral» que incluya los datos empíricos de la realidad de la sanción o del desarrollo y control de la desviación y que incluya también el interés en sanciones nuevas o alternativas; en la sintonía entre el derecho penal material y el procedimiento; en la vinculación entre derecho penal, derecho social, construcción de vivienda, política juvenil o de salud. Para ello la dogmática científico espiritual ofrecía un mal andamiaje. Aun consecuencias más nefastas para un compromiso político criminal tendría la inclinación a fortalecer los enunciados normativos: la política criminal depende también como toda otra política, de la capacidad de compromiso de los contendientes y en el caso de una conciencia de sí mismo fundamentada en categorías del ser, ésta se agota rápidamente.

Sin embargo, en la etapa de la dogmática de las ciencias del espíritu se intentó en forma intensiva desarrollar una política criminal con la enérgica intervención de los científicos penales (51) y con consecuencias que se habrían de corresponder con los celos. Se puede asumir sobre todo, que esta consecuencia fue algo que se podía prever con antelación, esto es que la era de la dogmática de las ciencias del espíritu en la ciencia penal había llegado a su fin.

Inmediatamente después de la entrada en vigor del Código Penal ya hubo esfuerzos para su reforma. Después durante la República de Weimar hubo proyectos en parte progresistas, pero no la fuerza y el tiempo para poner en vigor un Código Penal nuevo y los nazis se preocuparon menos de los cambios legales y más en los fácticos. Sólo desde 1954 comenzó a ser perceptible en la República Federal Alemana una decidida fase de reforma. A partir de ese momento sesionó (hasta 1959) la Gran

hallazgo. Por eso debe ponerse en claro que la pregunta de si el paso de la dogmática de orientación científico filosófica a la teoría del derecho penal orientado a las consecuencias (supra III.) ha significado un cambio de paradigma o algo menos espectacular, tiene una significación secundaria a la vista de las dificultades de someter las corrientes en el derecho penal de esa época en algún tipo de ciencia. La vinculación con Kuhn no significa por tanto un cambio de paradigma, sino sólo que su constatación conforme a la cual los modelos de explicación y de argumentación de las ciencias han sido superados no por haber sido refutados, sino por haber sido olvidados, es aplicable también a la ciencia penal y al finalismo.

(51) Véase una sucinta información en BAUMANN/WEBER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Ein Lehrbuch, 9.^a Ed. (1985), § 54.

Comisión de Derecho Penal compuesta de prácticos y sobre todo por los más destacados penalistas de la época. Las actas de las sesiones se hicieron accesibles y efectivas con el nombre de «Borradores» a través de publicaciones de gran tiraje. En el mismo año aparecieron los «Materiales para una reforma del derecho penal» (52) en siete tomos y en 1956, 1959 y 1960 aparecieron finalmente proyectos (parciales) de un nuevo Código Penal que a continuación convergieron en el proyecto de 1962. Todo esto se había preparado en las discusiones de los profesores de derecho penal que tuvieron lugar en sus sesiones de 1957, 1959 y 1961, de cuyas actas se pudo disponer.

Considerado desde la ciencia jurídico penal tiene que haber habido una vuelta de hoja entre las sesiones de los profesores de derecho penal de 1963 en Saarbrücken y 1964 en Hamburgo. El año 1963 se decidió llevar a cabo una jornada especial en 1964 con el objeto de discutir en su totalidad la concepción del proyecto de 1962. El año 1964 se destacó, por su crítica fundamental a este tipo de política criminal, como el de la nueva etapa de la ciencia penal alemana (53). Al mismo tiempo se constituyó un grupo de jóvenes profesores de derecho penal, que a partir de 1966 en varios tomos de «Proyectos Alternativos» formularon, con fundamentos, a través de propuestas legislativas una concepción actualizada del derecho penal en la teoría y en la práctica (54).

III. TEORÍA PENAL ORIENTADA A LAS CONSECUENCIAS

1. Política criminal orientada a las consecuencias

La crítica, obligatoria desde un punto de vista político criminal, a que masivamente desde 1964 fue sometido el Proyecto Alternativo de 1962 (55), caracteriza tanto a la dogmática científico espiritual del pasa-

(52) Su contenido esencial era: Dictámenes de los profesores de derecho penal sobre los problemas de la parte especial y general, derecho comparado, proyectos relativos al derecho penal y al procesal penal de la República de Weimar.

(53) Hamburgo 1964 fue la primera jornada de profesores de derecho penal en que yo participé. Nunca hasta entonces había vivido una diferencia tan clara entre dos posiciones (y generaciones).

(54) Este viraje se puede apreciar muy bien en ROXIN, *Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en ZStW 81 (1969), pp. 613 y ss. Un análisis rico para el análisis comparado de la evolución austriaca en STANGL: *Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Oesterreich 1954-1975*, 1985.

(55) Paradigmáticos son las dos publicaciones en ediciones de bolsillo de JÜRGEN BAUMANN (este formato tiene un efecto indicativo) *Programm für ein neues Strafbuch*, 1966 y *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969. Es digno de destacar de que en 1966 sólo una de las doce contribuciones tenía por objeto la Parte Especial, en tanto que en 1969 éstas constituían un tercio de ellas.

do como también a los fundamentos de la nueva etapa. Este proyecto llevó al espíritu científico penal de la época a los siguientes extremos:

- Criminalización amplia en interés de la totalidad sistémica poniendo el acento en la protección del Estado y la «moralidad»;
- Concentración teóricamente dirigida en los presupuestos de la punibilidad, en particular en la Parte General, con especial perjuicio de las consecuencias del derecho penal (penas y medidas de seguridad);
- Favorecimiento de los tradicionales fines retributivos y preventivo intimidatorios de la pena.

La nueva (56) canción tenía otra melodía. Se recordó el carácter fragmentario del derecho penal y sobre todo el principio de la protección de bienes jurídicos: mejor lagunas que un exceso de criminalización, y por lo menos ninguna conminación penal sin justificación a través de una protección penalmente necesaria para un interés humano amenazado. Apelando a estos principios, se recortó sobre todo el derecho penal protector del Estado, del aborto y del derecho penal sexual y más tarde esta línea se extendió también al derecho penal de bagatela (57). Se rechazaron las teorías de la justa retribución por anacrónicas y se votó a favor de un derecho de sanciones ajustado a la prevención especial con nuevas respuestas a la criminalidad: humanas, imaginativas y eficaces. El pensamiento penal cambió de una orientación «input» a una «output» (58): de una justificación del derecho penal desde el concepto y el sistema a una justificación desde las consecuencias que este produce.

Este planteamiento no era sostenido en la misma medida por todos los penalistas «jóvenes», ni tampoco inmediatamente en toda su ampli-

(56) Con «nuevo» naturalmente se quiere hacer referencia a la etapa anterior. No sólo en el derecho penal, pero también en él, los nuevos tiempos se remitieron a modelos, a otros, no obstante los correctos: a los teóricos de una ciencia penal integral, de una filosofía jurídica escéptica, de un procedimiento ajustado en la humanidad y la prevención especial.

(57) *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl, in Zusammenhag mit dem Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches vorgelegt von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer*, 1974; fue discutido en las 51.^a Jornadas de Juristas alemanes en 1976 (dictámenes de NAUCKE y DEUTSCH).

(58) Definiciones y objeto es importante LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 25 y ss., 58 y s.; detalladamente sobre el sistema del derecho penal, mi trabajo *Ueber die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, en *Libro Homenaje a Coing*, 1982, I, pp. 493 y ss., 498 y ss.

tud ni con esta pureza (59). Pero caracterizó en forma destacada la orientación de la «scientific community» de esa época. A partir de mediados de los sesenta:

- ya las fundamentaciones sistémicas en el discurso penal dejaron de ser aceptadas sin cuestionamiento;
- sanciones y ejecución penal se transformaron en los objetos principales del interés científico penal;
- comenzó a desarrollarse una consistente teoría de la política criminal;
- tendencia a establecer en la teoría y en la práctica tanto a la criminología como a las ciencias sociales de mayor significación jurídico penal como objeto estimable;
- entrada en la fundamentación penal del dato empírico.

2. Crítica al derecho penal

No sólo la ciencia penal, pero ella en especial, fue sometida en esos años a fuertes presiones de legitimación y cambio. Desde hacía largo tiempo, antes del «mágico» 1968, del mismo modo que en el derecho penal, se habían preparado y también anunciado cambios sociales en la República Federal Alemana. Estos cambios, a continuación, rediseñaron las líneas fundamentales del período de Adenauer (60). El sistema penal se acercó al centro de lo que era el interés político y de la crítica social, apareciendo ahora bajo el estigma de la práctica del dominio y de la causa de aflicción (61): espontáneo, desigual, desdeñoso con el ser humano, cruel, sin eficacia preventiva, estabilizador del poder.

La crítica de contenido del derecho penal de los años sesenta y setenta tomó dos posturas y desde estas perspectivas cogió entre sus tenazas su objeto de estudio. (Como pronto se demostró sobre todo en los establecimientos universitarios, los científicos penales estaban mal preparados para realizar una crítica de este tipo, aun para la más ofensiva, a la que a menudo se recurrió. Las explicaciones y justificaciones de que dispusieron, ya no dejaron más indiferentes a los críticos estudiantiles.) Esta crítica «reveló la verdad» en una doble dirección: el derecho penal

(59) Esto puede estudiarse muy bien hasta en sus formulaciones, en las diferencias de opinión en el aborto. El Proyecto Alternativo en este tema presentó una solución de la mayoría y una de la minoría: AE-BT, *Straftaten gegen die Person*, 1. Halbband, 1970, pp. 25 y ss., 35 y ss.

(60) H. RUDOLPH, *Mehr als Stagnation und Revolte. Zur politischen Kultur der sechziger Jahre*, en: Rroszat (Editor), *Zäsuren*, p. 141 y ss.

(61) Característico de este estigma es todavía hasta hoy el libro *Limits to Pain* (en noruego e inglés 1980/81, en alemán *Grenzen des Leids*, 1986) de NILS CHRISTIE.

ni puede declarar que sólo hace efectivas normas generales, ni que, además, crea orden y justicia; que en realidad el derecho penal es mucho más un instrumento subrepticio a favor de las necesidades individuales y sociales de dominio y de castigo.

La primera variante se formuló negativamente y se fundamentó más como teórico explicativa y sociocientífica. Su objetivo era desenmascarar al sistema (62). La segunda variante se formuló positivamente y se fundamentó psicológica y psicoanalíticamente. Quería enseñar la verdadera cara del sistema (63).

Esta crítica, que es como sustancialmente se puede valorar, satisfacía de todos modos un presupuesto que hasta hoy ha sido realizado sólo parcial y complementariamente: estaba fuera del sistema penal y podía en consecuencia considerarlo desde una perspectiva nueva y diferente. (Presumiblemente esta circunstancia podría explicar suficientemente la irritación que entonces experimentó el que estaba dentro del sistema, teniendo en consideración las francamente tontas expresiones injuriosas). Ya no se podía discutir comodamente sobre las ventajas del método objetivo y subjetivo de interpretación, sino sobre la temeraria tesis de que el juez falla arbitrariamente, aun cuando no lo quiera, justicia de clases como consecuencia de que ningún método puede garantizar una interpretación segura. Había que defenderse de la páfida objeción de que la criminalidad no era un fenómeno real sino un fenómeno construido por las instancias formales del control social (policía, fiscalía, justicia penal) y que esta construcción aparece como selectiva en perjuicio de los más débiles. De esta manera, la idea aceptada en esa época de la terapia, corrección y prevención especial fracasó sin pena ni gloria ante la afirmación de que el delincuente no es otra cosa que un chivo expiatorio en el que los otros depositan su carga vital con el objeto de verse aliviados.

No se podría afirmar que estas tesis sólo representan la sencilla prolongación del Proyecto Alternativo en una crítica del derecho penal. Sería también llevar las cosas demasiado lejos ver en ellas el modelo de la teoría Penal orientada a las consecuencias. Pero son, en ambas direcciones, espíritu del mismo espíritu, son un signo descriptivo de su tiempo (tanto en sus contenidos como en la forma más radical de sus exposicio-

(62) Paradigmático de la teoría explicativa es ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln, Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, 1973. La crítica científico social al derecho penal se formuló en su forma más radical desde el «labeling approach». Sobre el particular FRITZ SACK, *Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach*, in: *KrimJourn* 1972, pp. 3 y ss.

(63) Característico de esta crítica son los nuevos trabajos de 1971 y 1973 de REIK, *Geständniszwang und Strafbedürfnis*, ALEXANDER/STAUB, *Der Verbrecher und sein Richter*, así como REIWALD, *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*, Paradigmático para la crítica penal de fundamento psicológico y psicoanalítico de este tiempo es ARNO PLACK *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974.

nes públicas), y con seguridad son las que han impulsado con el método de la provocación la orientación «output» en la ciencia penal.

3. Realidad e infinitud

Si se quiere caracterizar la teoría penal orientada a las consecuencias con precisión, se puede partir de las características del derecho penal de la postguerra (64) y de la etapa de la dogmática de las ciencias del espíritu (65), a saber concentración en cuestiones básicas de carácter teórico y apoyos herméticos de los razonamientos. Desde mediados de los años sesenta el viento soplaba desde la dirección contraria. Iba por la ampliación del abanico científico penal hacia la realidad penalmente relevante y hacia aquellas ciencias que trataban de esa realidad.

La teoría penal orientada a las consecuencias representó, en ese período por primera vez, una inesperada reacción de la ciencia penal en contra de una crítica al derecho penal realizada desde fuera del sistema penal. (Comparativamente podría hablarse sólo de algunas tempranas reacciones al injusto nacionalsocialista en el período postbélico, pero estas reacciones estaban demasiado determinadas por las tradiciones del mismo derecho penal y estrictamente tampoco eran reacciones en contra de una crítica al derecho penal.) Esta crítica obligó a la ciencia penal en tanto que no hiciera oídos sordos, a replantearse reflexivamente su relación con la realidad. Exactamente esta relación era lo que la crítica tenía en su punto de mira si bien la fundamentó de manera muy distinta:

Las consecuencias reales que el sistema penal producía y no sólo su profundidad teórica o capacidad resolutive, estaban a mediados de los años sesenta en la orden del día. De esta manera el debate no se reducía exclusivamente a discutir sólo con fundamentaciones de principios y de objetivos; de aquí en adelante los datos empíricos tendrían que ganar, en tanto que valores, una posición. En consecuencia había llegado a su fin la metodología jusnaturalista y la concentración en principios teóricos. Ahora era el momento de la metodología de las ciencias empíricas, de la renovación científico jurídica de la realidad jurídico penal y con ello de ámbitos del derecho penal que habían sido ignorados tradicionalmente por la elevada teoría penal: criminología, ciencia penitenciaria, aspectos de la historia del derecho penal, del procedimiento y de la política criminal.

Naturalmente la nueva orden del día no era sólo un producto de la crítica al derecho penal (del mismo modo como también esta crítica en si misma era parte de la polémica general de esa época). Dicha crítica

(64) Supra I.4.

(65) Supra II.1.

mucho más y antes que nada expresó un cambio y una agudización de las demandas de legitimación del poder estatal: se trataba de demostrar que el dominio era «racional», que su sentido no estaba en sí mismo, que tenía mucho más una función de servicio para los dominados (66) y esto significaba para el derecho penal:

- Protección de los intereses más elementales del hombre que se encuentren amenazados;
- Intimidación de los que tienen inclinación al delito;
- Corrección del delincuente con los respectivos costos favorables.

Estas fueron las tareas (y a continuación también las promesas) del sistema penal. Traducido a conceptos jurídico penales, ellos eran: principio del bien jurídico, prevención general (negativa) y resocialización, en los límites de una práctica penal humana y proporcionada.

4. Puntos esenciales

Estos tres puntos esenciales de las preocupaciones científico penales permiten ser sintetizados sin dificultades en el cuadro de la teoría penal orientada a las consecuencias de la época (a.-c.). También la base de donde provenían tenía particularidades instructivas (d.).

a. *Protección de bienes jurídicos*

El principio de protección de bienes jurídicos pone en discusión, en el contexto en el que ha sido presentado por la teoría penal orientada a las consecuencias (67), un presupuesto no sólo en cuanto a su contenido sino también en cuanto a su capacidad crítica de la correcta codificación penal (68). Este principio precisamente sostiene que una conminación penal en contra de conductas humanas que no se pueden apoyar en la protección de un bien jurídico, son ilegítimas. Desde esta perspectiva el

(66) Paradigmático HONDRICH, *Theorie der Herrschaft*, 1973, en especial pp. 16 y ss., 62 y ss.

(67) W. HASSEMER en: AK StGB, 1990 antes del § número marginal, pp. 255 y ss. sucintamente demuestra que en este contexto tiene raíces profundas.

(68) Característico, *Amelung Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechen*, 1972; W., HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, 1973.

derecho penal se presenta como un instrumento de control social al que sólo se puede recurrir para la necesaria protección de los intereses humanos más elementales en tanto que no se pueda disponer de otros instrumentos inofensivos que tengan una eficacia comparable. Este principio será exitoso para la política criminal, que es el ámbito donde sobre todo quiere tener vigencia, cuanto mejor consiga abarcar y mantener como bienes jurídicos penalmente relevantes aquellos objetos que son evidentes y concretos. Luego, la «salud del pueblo», las «condiciones de funcionamiento del mercado capitalista» o la «moral sexual general» no tienen aplicación político criminal. Como pueden justificar todo no justifican nada. Por eso, los bienes jurídicos paradigmáticos coherentes con el principio de protección de bienes jurídicos, tienen otro calibre. Son los intereses primarios de la persona en la vida, salud, libertad, propiedad, esto es, los bienes jurídicos individuales. Por el contrario, los bienes jurídicos universales tienen que, sobre todo cuando son tan vagos como los que se acaban de citar, superar el test de si pueden al final retrotraerse a intereses concretos y legítimos de la persona (69).

La teoría del bien jurídico (70) crítica al sistema tuvo sus mejores éxitos en un clima político social y criminal que, como ella misma, centraba su atención, superando un derecho penal moralizante y una criminalización de amplio espectro, en la garantía de la libertad y en la protección de los inculpados (71). Un buen ejemplo lo constituye la reforma de los delitos sexuales que anteriormente se agrupaban en forma suficientemente descriptiva, bajo el epígrafe, «delitos en contra de la moral». Con anterioridad ya se había formulado desde una perspectiva científica la crítica pregunta sobre el legítimo bien jurídico protegido en un derecho penal de esta naturaleza (72), hasta que en 1968 las 47.^{as} Jor-

(69) Con más precisión a este respecto en mi trabajo *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, en Philipps/Scholler (Ed.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 85 y ss.

(70) Dirige al sistema del derecho penal y sus tipos penales la pregunta que es típica en una teoría orientada a las consecuencias, sobre su legitimación por la protección de bienes jurídicos y no se conforma, como sería en el caso de un interés inmanente al sistema, con una clasificación del sistema del derecho penal por el sistema de bienes jurídicos, en tanto que son preestablecidos. Acerca de la distinción de conceptos de bien jurídico inmanentes y críticos, véase mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 19.

(71) Este clima produjo consecuencias similares en el derecho penal formal. La llamada Kleine Strafprozessreform von 1964 (Pequeña Reforma Procesal de 1964) a la que siguió una unificación del procedimiento, elaboró las garantías formales del procedimiento penal y los derechos del inculgado, en tanto que el desarrollo posterior se caracterizaba por la aceleración y simplificación. Breve referencia en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 22.^a Ed., (1991), § 72.

(72) HERBERT JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, 1957; zu «Rechtsgut und Sittlichkeit», p. 29 y ss.

nadas alemanas de Juristas (73) y en 1969 el legislador (74) sacaron las consecuencias prácticas y anularon las conminaciones penales paternalistas del adulterio, homosexualidad entre adultos, sodomía u ocultación de las relaciones extramatrimoniales y redujeron los delitos sexuales a sus dos bienes jurídicos aceptables: autodeterminación sexual y protección de la juventud.

Con esto el derecho penal orientado a las consecuencias ganó en el ámbito de la criminalización un perfil: estaba autorizado para afirmar que bajo su estandarte sólo podía cobijarse la protección del hombre y únicamente en los límites de la necesidad, de la oportunidad y de la proporcionalidad del medio. Al comprometerse la administración de justicia penal con la protección de bienes jurídicos, se cumplirá, por una parte, vivamente el principio de la *ultima ratio*, y por la otra, se abrirá la puerta a la metodología de las ciencias empíricas: el derecho penal se entiende como medio para la solución de los problemas sociales (protección de bienes jurídicos por sobre los instrumentos penales), pero vincula la aplicación de sus instrumentos, por su carácter intensamente lesivo, a la presencia de presupuestos restrictivos y sólo recién se tomarán en cuenta, cuando no exista ninguna otra cosa que pueda ayudar.

Sin embargo, si llegara a tomarse en cuenta, estará irremisiblemente bajo expectativas de éxito: no obstante, sobre todo las teorías del bien jurídico, con prudente discreción, han colocado en primer plano la potencia negativa y crítica del derecho penal («sin un bien jurídico idóneo ninguna justificación de la conminación penal»). Pero el que constantemente lleva el estandarte la protección de bienes jurídicos, tiene que contar con que se le hará la pregunta aclarativa de si y cómo esta protección puede de hecho ser garantizada con estos instrumentos. El concepto crítico al sistema del bien jurídico puede, en consecuencia, poner razonablemente en armonía la vinculación a los principios y la fundamentación empírica del derecho penal. Pero, con ello se abren nuevos y diferentes problemas de justificación.

b. *Prevención intimidatoria*

Estos problemas se centran en las expectativas de los efectos beneficiosos de la conminación y de la ejecución penal: en la expectativa de que los ciudadanos inclinados al delito se vean motivados a comportarse de otra forma manteniéndose fieles al derecho por la respuesta sancio-

(73) Dictamen A de HANACK, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, 1968; sobre el principio de bienes jurídicos en los N.^{os} marginales 29 y s.

(74) Primera ley para la reforma del derecho penal de 25-6-1969 (BGBl. I 645).

nadora y antes por la anunciada respuesta a la infracción de la ley. De modo el derecho penal efectuaría su aporte al mejoramiento de la sociedad.

Se caracteriza a las teorías preventivas de la pena como «modernas», a pesar de que su aparición no ha sido única ni reciente en la historia de las teorías de la pena, sino que más bien desde un comienzo se han ido alternando con las opciones clásicas de la retribución y la expiación (75).

Incluso la teoría de la prevención intimidatoria en la versión con que hoy la conocemos, fue formulada por Feuerbach en el cambio de siglo del XVIII al XIX: ya que con dificultad se podría encadenar al hombre corrompido con el objeto de romper su natural inclinación al mal, hay que imponerle una «coacción psicológica» (76) y dejarle claro, por medio de la legislación y la praxis de la ejecución penal que el crimen no paga: que el derecho penal siempre le quita más al caído que lo que pudiera prometerle la expectativa criminal.

Este teorema que encaja sin fisuras en una teoría de la pena orientada a las consecuencias, puede convertirse en su clave de bóveda. Como antes la teoría de la protección de los bienes jurídicos, el fin de la pena en la teoría de la prevención intimidatoria vuelve la vista del derecho penal al empirismo y saca beneficios: en tanto que los planteamientos «clásicos» de la retribución y la expiación, si se les toma en su sentido literal (77), no tienen interés, ya que no es su objetivo, en los efectos reales de la pena y se conforman con el equilibrio entre injusto y culpabilidad, en esta oportunidad la pregunta se centra en los efectos reales de la conminación y de la ejecución penal, afirmándose que el derecho penal

- produce estos efectos;
- puede regular sus instrumentos orientándolos a una finalidad;
- está capacitado para encajar funcionalmente en el sistema del control social de la conducta desviada.

(75) Sobre esto y lo que sigue en forma extensa en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 28, §§ 29 y s. Hay traducción castellana véase Nota 48.

(76) De ahí surge el nombre de esta teoría. Detalles en NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, en especial pp. 39 y ss.; breve referencia en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.^a Ed. (1988), § 8 IV 2.

(77) Que las teorías «libres de un fin» materialmente han perseguido fines, que justicia y compensación de injustos finalmente tienen también para las teorías clásicas de la pena una connotación empírica, se puede comprobar bajo la clave «Zweckverfolgung durch Zweckverneinung» en mi trabajo *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 39 y ss., 49 y ss.

Del mismo modo que frente al concepto de bien jurídico, también en la intimidación se pregunta claramente si, en relación al fin de la pena, el sistema del derecho penal puede garantizar «realmente» las consecuencias tan buenas que afirma obtener y cómo consigue en concreto que se produzcan dichas consecuencias. Esta pregunta ha sido expresada en el ámbito de los fines de la pena en forma más amplia y pretenciosa, habiendo sido también más debatida que en el ámbito de la protección de bienes jurídicos. La discusión en este caso ha conducido a nuevas y relevantes reformulaciones.

La pregunta aclarativa por los «verdaderos efectos» preventivo generales obliga a la teoría penal a traspasar los límites semánticos y sistemáticos en que han sido tratados hasta hoy los fines de la pena. Dado que en el derecho penal mal se puede establecer una situación experimental, dado que las propuestas no vinculantes sobre «los» efectos sociales del derecho penal inmediatamente y con razón son puestos a tiro, la mencionada pregunta aclarativa se orientó hacia ciencias psicológicas y teórico comunicativas, pues ¿dónde si no puede desarrollarse un efecto preventivo general de las penas si no es en la cabeza y en el corazón de los hombres?

En todo caso en la República Federal Alemana (78) la prevención intimidatoria no fue sostenida con la despreocupación escandinava o estadounidense, sino en cierto modo con temor, pues la teoría no estaba inmunizada en contra del terror estatal (79) y en consecuencia era adecuada para justificar el empleo de severos instrumentos penales: ambas circunstancias hacían que para la progresista teoría penal orientada a las consecuencias de aquella época fuera altamente sospechosa. En estas condiciones la teoría de la prevención general fue reformulada por Bernhard Haffke de una manera coherente con el espíritu de la teoría de la orientación a las consecuencias (80). Unió las formas tradicionales con que se expresaban los fines de la pena con la concepción de la psicología profunda sobre la función del derecho penal. La consecuencia habría de ser de que ambos aspectos iban a ser vistos de otra forma: la contribución penal se transformaría de presunciones abstractas en hipó-

(78) Cnfr. ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974; allí p. 16 y ss. en una situación excepcional un experimento preventivo general en 1944 en Dinamarca.

(79) Que también y sólo es aceptable en un estado de derecho la mejor intención pedagógico popular de intimidar a los que tienen tendencia al delito sólo en los límites de una reacción penal proporcionada, no surge de la teoría de la prevención intimidatoria misma, sino que tiene que ser cotejada crítica y buscando su limitación. Se puede decir que la esencia preventivo general se inclina a probar sobreincriminación y agudización de la pena en la «lucha en contra del crimen». Prevención general con ruptura del Estado de derecho, de la proporcionalidad, de las formalidades de la justicia o formalización es terror de Estado.

(80) HAFKKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976.

tesis saturadas de empirismo y la contribución de la psicológica profunda de autocompasiva se transformaría en enunciados consistentes sobre lo que el derecho penal puede y produce.

La crítica a esta forma de prevención general ha dado impulso a la discusión sobre los fines de la pena y también ha situado a la orientación a las consecuencias en un nuevo contexto (y con ello la ha relativizado). Esta crítica, por una parte, censuró el dominio de una función que precisamente es ajena a la psicología profunda, concretamente la función estabilizadora que esta variante preventivo general atribuye al derecho penal (81) y, por la otra, reactivó una objeción (82) que era al mismo tiempo normativa y metodológica en contra de toda forma de prevención intimidatoria: la prevención intimidatoria lesiona la dignidad del hombre en tanto que utiliza al individuo como medio (para la intimidación de otro), y además porque es en sus efectos reales aparentemente poco creíble, ya que necesariamente tiene que apoyarse en magnitudes tan grandes como

- el conocimiento seguro de todos los ciudadanos de las conminaciones penales y de las condenas (porque de otro modo el derecho penal no transmitiría nada a sus destinatarios) y
- la motivación de los ciudadanos honrados por la conminación y la ejecución penal (porque de otro modo el derecho penal como instrumento preventivo sería superfluo).

Luego, cuando con razón a efectos preventivo generales se puede esperar que ambas condiciones, en tanto que son presupuesto, tienen que presentarse acumulativamente: ¿quién sería tan ingenuo de creer que el derecho penal sea capaz de tanto? Entonces, el sentido común lleva a apostar no por el derecho penal, sino por los efectos de las normas sociales y la primera socialización cuando intentan explicar porque la gente en esencia se comporta sin infringir la ley penal y, por lo tanto, contrariando a Feuerbach.

La teoría de la prevención intimidatoria, que a primera vista es tan plausible en su adopción y tan prometedora en sus efectos, no supo justificarse ante las críticas normativas ni dar réplica a las objeciones metodológicas. No sobrevivió a la etapa del derecho Penal orientado a las consecuencias.

(81) Un ejemplo es la polémica entre HAFKKE (p. 133) y HERBERT JÄGER (p. 47 y ss., 173 y ss.), en JÄGER (Ed.), *Kriminologie im Strafprozess. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*, 1980.

(82) Expuesta en las aportaciones de NAUCKE (p. 9 y ss.) y HASSEMER (pp. 41 y ss.), en: HASSEMER/LÜDERSSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979.

c. Resocialización (83)

Una teoría penal de la orientación a las consecuencias no estaría completa si sólo se fuera a preocupar de la protección de nuestros bienes jurídicos (a.) y de que los ciudadanos con inclinaciones delictuales no los agredan (b.). Precisamente por eso también es necesario alargar la mano que pone orden y auxilia hacia aquél que ha caído demostrando con ello que tiene problemas y que en el futuro también puede volver a causarlos: derecho penal orientado a las consecuencias tiene que ser entendido también como un derecho penal de reeducación y tratamiento, como un derecho penal resocializador.

Del mismo modo que en las preventivo generales también estaban presentes las expectativas preventivo especiales en las teorías penales de la época, pero no su descubrimiento. Más bien estaban allí dispuestas a ser asidas. Pero, al contrario de lo que sucedió con la prevención intimidatoria desde una perspectiva científica, la prevención especial no causó gran sensación (84).

Por lo menos desde que hay pena privativa de libertad, ha habido también algún planteamiento sobre como y hasta que extremo se debe llenar el tiempo libre de los presos. Hasta hoy la finalidad del tratamiento y de la reinserción va estrechamente ligada con la ejecución de la pena privativa de libertad (85). De alguna manera este objetivo de la pena nos parece como natural y que en particular no necesita de ninguna justificación. El que le hace objeciones de fondo, cae bajo la sospecha de la fría y dura teoría. Además tiene que superar el obstáculo de una fundamentación jurídico constitucional de la resocialización en el principio de la dignidad del hombre (86) y contar con el fracaso de su entrada en los derechos penales «modernos» como son el derecho penal juvenil (87) y el de sustancias psicotrópicas (88) que precisamente se caracterizan por ser intensivamente teóricos y resocializadores. Estas serán las razones

(83) Utilizo en el mismo sentido resocialización, prevención especial, tratamiento (en la ejecución) aun cuando los conceptos son diferenciables. Por el carácter general de la exposición no es pertinente entrar en las diferencias.

(84) Textos representativos: CALLESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, en especial pp. 97 y ss.; *Eser Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges*, en: Festschrift für Peters, 1974, p. 505 y ss.; KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist*, en: Festschrift für Württenberger, 1977, 1977, p. 359 y ss.

(85) De modo destacado (§ 2, frase 1) la Ley de Ejecución Penal de 16-3-1976 señala que «En la ejecución de la pena privativa de libertad tiene que quedar capacitado para conducirse en el futuro en la vida con responsabilidad social sin realizar hechos punibles (Objetivo de la ejecución)».

(86) BVerfGE 35,202 (Sentencia Lebach).

(87) §§ 3 y ss., 9 y ss., JGG.

(88) §§ 35 y ss. BtMG.

por las que tanto el auge como la caída de la idea de resocialización se haya ido consumando mas bien despacio.

Pese a su maquillaje amable y discreto la teoría de la resocialización ha sido objeto de justificadas críticas.

Estas comienzan con la pregunta (89) de qué es lo que realmente se quiere conseguir con este fin de la pena: una vida aparentemente conforme con el derecho (¿o sólo conforme con el derecho penal?) o también una conversión interna, un «saneamiento», una aceptación (?) de las normas sociales, jurídicas, jurídico penales (?) de nuestra sociedad? Todavía no hay respuesta. Sin un afianzamiento claro y vinculante no pueden justificarse, desde un punto de vista estricto, programas de reinserción. Tienen que ser orientados a un fin a más tardar en el momento de la elección de sus instrumentos. Fuera de esto, a la vista de la inseguridad sobre el fin de la resocialización, carece naturalmente de sentido seguir preguntando acerca de sus efectos reales y de los del tratamiento. Ya no se sabe que es lo que se debe preguntar. Pero en tanto que sobre estos efectos sólo se puede especular y que con la despenalización puede apelarse al «nothing works» (90), la idea de la resocialización es una carta a ser jugada de la política interna y de su ideología: en Escandinavia, en USA, y también entre nosotros pero con menos espectacularidad, constituye la llave maestra para la solución de todos los problemas de desviación y el curandero que estafa a los reclusos y a la sociedad tiempo y dinero.

Más profundamente en el marco de la idea de la resocialización parece obligado formular preguntas críticas (91) sobre la medida de la coerción que esta idea está dispuesta a tolerar. Estas preguntas eran peligrosas porque el mayor capital político jurídico de la idea de tratamiento es su carácter humanitario: «Curar en lugar de castigar» fue una consigna que angustió con éxito durante largo tiempo a las teorías clásicas de la pena e hizo que la ideología del tratamiento apareciera como una idea progresista con la que no se podía competir. Tendría éxito en tanto que se mantuviera en penumbra y pudiera demostrar que «tratamiento» en la ejecución penal es algo absolutamente diferente que el tratamiento en el hospital:

(89) MÜLLER DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, en especial p. 52 y ss., 107 y ss.

(90) P. A. ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, 1987, § 6 II con documentación.

(91) Característico P. A. ALBRECHT *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*, ZStW 1985, 830 y ss.; W. HASSEMER, *Resozialisierung und Rechtsstaat*, Krim-Journ 1982, 161 y ss.

Como medio del derecho penal y conjuntamente con la ejecución penal, la resocialización (92) es un entramado coercitivo, una asistencia impuesta; constituye la tentativa de atrapar al condenado no sólo corporalmente, sino también en su alma o quizá simplemente para que expulse de sí su esencia propia de una clase inferior, su estilo de vida y modo de conducirse (93). Si a esto le sumamos que partidarios consecuentes de la idea de resocialización (94) tienen que impulsar la pena privativa de libertad indeterminada, por cierto sospechosa en un estado de derecho, (porque el cumplimiento de la pena desde un punto de vista teórico socializador, hay que considerarlo en el caso concreto teniendo en cuenta el resultado y no desde la perspectiva de la proporcionalidad), y si se considera todo el cuadro desde la cuestión de fondo de la poca segura efectividad del tratamiento en la ejecución penal, entonces puede comprenderse porque la ideología del tratamiento no ha podido superar incólume la fase del derecho penal orientado a las consecuencias.

Los tonos en el interín fueron silenciándose. «Tratamiento» ya no será postulado en forma ofensiva como el objetivo general o quizá único de la ejecución de la pena privativa de libertad, sino como medida adicional que además tiene que ser diferenciada de acuerdo con los distintos tipos de presos y situaciones de ejecución. También incluso hoy resuenan en el concepto de tratamiento antes imágenes de apoyo que de intervención. Así como que sólo puede tener valor como idea de resocialización que la desocialización previa sea atenuada tanto como sea posible (95). Sin embargo, no se puede esperar a medio plazo que propuestas humanitarias e indiscutiblemente concretas para un tratamiento en libertad o que una «terapia social emancipadora» (96) encuentre la necesaria mayoría en la ciencia, la praxis y la política. Pero si la teoría y la praxis de la ejecución de la pena privativa de libertad abandonara la pretensión de dominar sola y de mejorarle el mundo al preso, entonces la idea de resocialización podría dar buenos frutos: podría hacerse sensible al dolor de la privación de libertad, aportar alivios en la ejecución y luchar

(92) Hay quienes acentúan la prefijo «re» para destacar que los afectados en general tienen que ser socializados una vez, la primera, lo que constituye una óptica desnaturalizada de la verdadera resocialización y un desprecio frente a otras alternativas vitales.

(93) Así SCHELLHOSS, *Rehabilitation, Resozialisierung* en: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Ed.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2.^a Ed. (1985), p. 359 y ss. con documentación.

(94) JESCHECK, AT, § 8 V 4.

(95) Paradigmático SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 189 y ss.

(96) Paradigmático HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in: Luderksen/Sack (ed.), *Seminar Abweichendes Verhalten III* 2, 1977, p. 291 y ss.

por la supresión de la pena privativa de libertad (97). De esta forma se podría al final, con astucia, a través de esta ideología misma remover o debilitar decisivamente aquéllo para lo cual la ideología de la corrección ha nacido o estimulado con intesidad: la privación de libertad como pena criminal.

d. *Ciencias sociales, ejecución penal y formación de los juristas*

Protección de bienes jurídicos, prevención intimidatoria y resocialización son sólo «puntos esenciales» de una teoría penal orientada a las consecuencias: en consecuencia, no es todo de lo que esta teoría se ha ocupado, sólo son los que se destacan en la masa de la actividad científica de cada día. Pero, esta masa los ha sostenido y alimentado. Si se quiere tener un cuadro certero de la teoría del derecho penal orientada a las consecuencias, hay que ocuparse a continuación de los signos distintivos menos espectaculares de esta etapa.

Los puntos esenciales han sido abastecidos en su contenido por sobre todo por la ampliación de la perspectiva penal hacia las ciencias comprendidas con la realidad (98). Sin duda, que desde hacía largo tiempo que eran utilizadas corrientemente en la ciencia del derecho penal, pero por sobre todo en la praxis, problemas y resultados, por ejemplo, de la medicina, de la psicología y de sus disciplinas parciales. Piénsese sólo en la institución de la incapacidad de imputación en el derecho penal material y en la credibilidad de la declaración o confesión en el formal. Sin embargo, la teoría del derecho penal orientada a las consecuencias discutió su objeto bajo un nuevo prisma: la antinomia entre ciencias troncales y ciencias auxiliares.

Esta perspectiva ha sido sintetizada, y a ratos en forma polémica, como «inclusión de las ciencias sociales en el derecho penal» (99). Pero hay más que esto (100).

La decisión científico penal de recurrir a otras ciencias importantes para el derecho penal, no sólo como ciencias auxiliares sino para ser in-

(97) Característico LÜDERSSEN, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe*, en W. Hassemer (Ed.) *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 83 y ss.

(98) Sobre el particular observaciones supra III.3.

(99) Dan prueba de ello dos trabajos de NAUCKE: *Ueber de juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, y *Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts*, en Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Fortschritte?*, pp. 1 y ss.

(100) Son representativos los cuatro tomos editados por Lüderssen y Sack del *Seminario Abweichendes Verhalten*, 1975-1980 (Objeto: Die selektiven Normen der Gesellschaft. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität: Strafgesetzgebung und Strafvollzug. Kriminalpolitik und Strafrecht) así como los dos tomos *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, 1980.

formado por ellas, no quería englobar lo que era extraño en forma armónica, sino cambiar pacíficamente lo propio. El patrimonio y el método científico ajeno, debían ayudar a reformular las cuestiones fundamentales acerca del objeto, el fin y la justificación del derecho penal en lugar de limitarse simplemente a dar respuesta a preguntas que previamente el derecho penal ya había preestablecido: por ejemplo, debían no sólo como ciencias auxiliares darle contenido a la red, que ya había sido anudada por el derecho penal, de la dogmática de la capacidad de culpabilidad (§§ 20, 21 StGB), sino que contribuir en la elaboración de la red misma y decir, porqué esto es así, cómo es y qué sería esencial en el futuro (101). Pues orientación a las consecuencias no se puede crear con una observación meramente distante de las consecuencias del sistema penal. Presupone que se inserta en la realidad y en su elaboración teórica. Pero si esto se lleva a cabo, entonces es de esperar que el proceso de asimilación deje sus huellas y que después el objeto de la observación científica deje de tener definitivamente el mismo aspecto.

Por lo tanto, «inclusión de las ciencias sociales» (102) no hacía sólo referencia a un mero añadido de un patrimonio científico y de problemas ajenos al sistema penal. Más bien se quería hacer referencia a una reestructuración del sistema a través de nuevos criterios de racionalidad y autenticidad, de relevancia y justificación: ya no se habría de conseguir una praxis acertada y una buena ciencia del derecho penal sólo con una teoría contundente y sobre todo bien fundamentada y con su prolongación conceptualmente limpia en «casos», sino que éstas presuponen algo más. Presuponen una mirada por la renovación del sistema y los efectos que ahí se producen, por las causalidades y las interacciones, por el marco normativo y los auténticos presupuestos de transformación y perfeccionamiento. Bajo el pabellón «ciencias sociales» navegaba todo lo que el sistema del derecho penal exigía desde fuera para llevar a cabo la reforma que prometía.

Esto no era poco ni era homogéneo. Tampoco era, de acuerdo con el proyecto, nuevo. La idea de una ciencia penal integral que en la época de la dogmática de las ciencias del espíritu no tenía ninguna posibilidad (103), se estabilizó derechamente con la teoría penal de la orientación a las consecuencias: un concepto que comprende y permite administrar con éxito todos aquellos esfuerzos que incluyen a la dogmá-

(101) Puesto en práctica por SCHILD, en: AK StGB, 1990, § 20, N.º marginal 1 y ss., 50 y ss.

(102) Que el concepto «ciencias sociales» alcanza hasta la psicología individual, con qué campos y objetos se cuenta para una discusión científico social y donde están sus límites, está expuesto en mi trabajo *Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht*, en W. Hassemer (Ed.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, 1984, p. 1 y ss.

(103) Supra II.2.

tica en el reducidísimo común denominador de entramado esotérico. Este concepto era tan respetable como suficientemente vago como para atar por un largo tiempo los anhelos más heterogéneos en relación con el sistema del derecho penal (104). Fue útil en esa época en tanto que un sólido desafío a un derecho penal de miras estrechas (105).

De manera mucho más clara se verá la base sobre la cual se han desarrollado (nuevamente) protección de bienes jurídicos, prevención intimidatoria y resocialización como puntos esenciales de un derecho penal orientado a las consecuencias, cuando se traten con más detalle los dos espacios, que además de haber sido los más intensamente trabajados fueron los que sus contemporáneos valoraron como los más importantes, sin perjuicio de haber sido los que distinguieron ese período. Me refiero a la formación de los juristas y a la ejecución penal.

En la fase del derecho penal orientado a las consecuencias, la ejecución penal y la formación de los juristas fueron los ámbitos en que los presupuestos y las consecuencias de un derecho justo y de una buena realización jurídica pudieron verse y captarse mejor: en la ejecución penal se ponen de manifiesto en forma concentrada los efectos del derecho penal desde la conminación penal, pasando por la sentencia condenatoria hasta la realidad de la pena. Se presentan los traumatismos que el derecho penal añade a los hombres y también permite estudiar bien las consecuencias provechosas de este derecho penal orientado a las consecuencias. En la formación de los juristas se bosquejan con importantes consecuencias los fundamentos de la praxis jurídica posterior y se decide en gran parte el valor externo de la formación profesional y se dirimen correctamente las disputas ideológicas sobre los «buenos juristas» y la «verdadera ciencia jurídica».

Por eso, no puede sorprender que en la formación de los juristas y en la ejecución penal se comuniquen como por osmosis entre sí el derecho penal y la sociedad de su tiempo. En ambos campos no han labrado solamente los penalistas, pero sin embargo sí que han cosechado y en ambos casos han dibujado claramente los trazos de una teoría penal orientada a las consecuencias:

(104) El carácter variopinto de «ciencia penal integral» queda claro en: BARATTA, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft*, ZStW 1980, 107 y ss.; LANGE, *Neue Wege zu einer gesamten Strafrechtswissenschaft*, en *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 53 y ss.; MAIHOFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, en: *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 75 y ss.

(105) Sin embargo, el que la utilización del concepto lo haya desautorizado para siempre, no es claro: La visión en la que Franz v. Liszt vió unidos y sobre una base amplia ciencia y praxis del derecho penal, fuese, como de pronto demostrará supra IV., para el pensamiento de la época más o menos seductor.

Sobre todo en el campo de la ejecución penal los penalistas topan con el derecho constitucional (106). Este les destruye la figura de las «relaciones especiales de poder» (107) con cuyo cómodo auxilio hasta entonces habían podido cubrir específicas infracciones jurídicas en la ejecución. En el campo de la formación de los juristas tuvieron que vérselas con fuertes deseos de cambio social y jurídico (108) que también alcanzaron al derecho penal y que en el período siguiente condujeron indistintamente a reformas (109). De ambos campos se documentó notoriamente el interés general de reforma jurídica que se observó en las 48.^a Jornadas de Juristas Alemanes de 1970. En esas Jornadas se debatió tanto sobre la regulación de la ejecución penal como también sobre la formación de los juristas y en estos dos campos el legislador confirmó e hizo realidad reivindicaciones centrales de esa época: para la formación de los juristas en especial la llamada «cláusula de experimentación» que incluye en la enseñanza universitaria la praxis y las ciencias sociales (110) y, en especial, para la ejecución penal, el reconocimiento de los derechos de los presos (111).

No sólo en el procedimiento y en los hechos, sino también en lo material son sorprendentemente numerosos los paralelismos entre ejecución penal y formación de los juristas y característicos en la fase del derecho penal orientado a las consecuencias: En ambos casos no están en el centro del interés principios y sistema, sino la realidad jurídico penalmente relevante; en ambos casos, en lugar de sólo opciones teóricas, se trata de opciones políticas las que empujaron a los reformadores a ampliar la visión científica y a considerar en forma determinante en la toma de una decisión las consecuencias que habría de producir dicha decisión. Con esto la etapa del pensamiento jurídico orientado a las consecuencias estableció también externamente signos que podían poner a salvo y transmitir su mensaje.

(106) Sobre todo desde el derecho penal MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, 1970; SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Uebergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtlehre*, 1969.

(107) BVerfGE 33,1.

(108) Paradigmático Loccumer Arbeitskreis (Ed.), *Neue Juristenausbildung*, 1970.

(109) *Toma de posición, análisis y valoración* en GIEHRING/SCHUMANN, *Die Zukunft der Sozialwissenschaften in der Ausbildung im Straf- und Strafverfahrensrecht-Erfahrung versus Programmatik*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Ed.), *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition*, 1986, p. 65 y ss.

(110) Reforma del § 5b DRiG por la ley de 10-9-1971, BGBl. I. 1557.

(111) *Strafvollzugsgesetz (Ley de ejecución penal)* 16-3-1976, BGBl. I, 581.

IV. DERECHO PENAL FUNCIONALISTA

A juzgar por los indicios se puede sostener que las cosas no están nada de bien en lo que se refiere a la herencia de la teoría penal orientada a las consecuencias. En el ámbito de la ejecución penal se siguen reclamando las reformas pendientes (112) y sobre todo hay que lamentar «contrareformas» (113). En el ámbito de la formación jurídica, el propio legislador anuló su reforma y suspendió pronto la cláusula de experimentación (114). ¿Qué es lo que ha quedado?

1. Fundamental

Con todo el cuidado que nos aconseja nuestra falta de perspectiva en relación al tiempo y el objeto, se pueden bosquejar un par de líneas fundamentales (115). Estas corren conjuntamente, en una funcionalización y modernización del derecho penal, con una tendencia a quitarle significación a la ciencia en la política y práctica del derecho penal y también con una erosión de los principios fundamentales consolidados que informan al derecho penal.

El derecho penal orientado a las consecuencias tiene puesto su interés en conseguir consecuencias ventajosas y en evitar las perjudiciales. Ha puesto en marcha tan consecuentemente los signos distintivos de la realidad e infinitud (116), que se puede hablar, haciendo una con una vaga alusión (117), de una «dialéctica de lo moderno». Esto permitiría sostener la opinión de que los intereses y signos distintivos se han hecho independientes y que han llevado al derecho penal hasta un límite en el que los objetivos primitivos de un sistema jurídico orientado a las con-

(112) CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, *Komm. StVollzG*, 5.^a Ed. (1991). N.^o marginal 45.

(113) SCHÜLER-SPRINGORUM, *Tatschuld im Strafvollzug*, en Scholler/Philippps (Ed.). *Funktionalismus*, p. 63 y ss.

(114) 3.^a Ley de reforma del DRiG de 25-7-1984, BGBl. I, 995.

(115) Con todo detalle lo he expuesto en: *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, en: NStZ 1989, 553 y ss.; *Grundlinien einer personalen Rechtsgüterlehre, aaO*; *Alternativ-Komm. z. StGB.*, 1990, Vorbem. Rdnrn. 465 y ss., 480 y ss.; *Sozialtechnologie und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, p. 329 y ss. En el mismo sentido y en los aspectos esenciales y conclusiones F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und Strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991; PRITTWITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts*, en *Strafverteidiger* 1991, 435 y ss.; MÜLLER-DIETZ, *Die Geistige Situation*, en *GA* 1992, 124 y ss.

(116) *Supra* III.3, 4.

(117) HÖRKHEIMER/ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, 1968.

secuencias tenían que romperse: el sistema penal al rechazar la remisión a su realidad y la orientación a sus consecuencias quebrantó las estructuras del derecho penal orientado a las consecuencias y también postergó los principios que informaban a esta teoría y pasó a ser entendido como un efectivo instrumento específico de la política interna rechazando la pregunta crítica sobre su idoneidad instrumental. Poco a poco se desembarazó de las principales ataduras que tradicionalmente y por cierto con buenos motivos, le han impedido una acomodación funcional en el conjunto de los actuales instrumentos políticos para la solución de conflictos (118).

2. Ejemplos

a) *Tendencias*

Desde los cambios que experimentara el derecho penal en la primera mitad de los años setenta (por la 2.^a Ley de reforma del derecho penal y la introducción al Código Penal (119)), que sobre todo se habían concentrado en la Parte General, y dentro de ella en las consecuencias jurídico penales, nuestra política criminal se mueve esencialmente y cada vez con más vigor, en la Parte Especial del Código Penal y en el derecho penal accesorio. En esos espacios tiene lugar criminalización: El cuadro se determina con nuevos tipos penales y con la agudización de las conminaciones penales. No están en el orden del día descriminalización, ni un desarrollo de la Parte General, por ejemplo en el ámbito de las penas y medidas de seguridad. El cuadro de agudización y agravación se completa con una política de reforma en el procedimiento orientada a la abreviación, reducción, simplificación y prevención de escollos. La idea de que aquí se trata de un gusto por el castigo, sería anacrónica. Se está mucho más por la herencia del derecho penal orientado a las consecuencias. Esto se demuestra cuando se examinan en sus aspectos particulares los motivos que hay detrás de esta evolución.

b. *Ambito e instrumentos*

Los ámbitos en los cuales actualmente se perfila la política criminal del derecho penal material son característicos, como característicos son también los instrumentos de los cuales se sirve con preferencia.

(118) Esta línea será retomada infra IV.4.

(119) 2.StrRG de 4-7-1969, BGBl.I, 717; EGSStGB de 2-3-1974.

Medio ambiente, drogas, criminalidad organizada, economía, impuestos, procesamiento de datos, comercio exterior y control de armas son los ámbitos en los que se concentra hoy la percepción pública. En estos ámbitos la opinión pública ve una «necesidad de actuación», en ellos se realiza la complejidad de las modernas sociedades desarrolladas y se destacan los problemas de gobierno: son «modernos» y los asume el derecho penal actual. Respecto de estas materias no se espera, contradiciendo el respetable principio de la *ultima ratio* o de la subsidiariedad del derecho penal (120), hasta que se haya demostrado la incapacidad de otros medios. Mucho más se ha transformado el derecho penal en la *sola* o bien *prima ratio* para la solución de los conflictos sociales: el derecho penal aparece interviniendo cada vez más a menudo como la primera cuando no la única salida (121).

Los instrumentos de gobierno que el derecho penal pone actualmente a disposición son adecuados para estos ámbitos y sus características. Ya no se trata de rancios bienes jurídicos individuales concretos, como vida y libertad, sino de modernos bienes jurídicos universales que además se formulan vagamente y como un estandar-te: salud del pueblo, capacidad de función del mercado de capitales o credibilidad de nuestra política exterior. Estos bienes jurídicos se corresponden con los delitos que expresan el derecho penal moderno: delitos de peligro abstracto que ya no se preguntan por la amenaza concreta o lesión del bien jurídico protegido. Les basta, para establecer la punibilidad, con la realización de una acción que es valorada por el legislador en el tipo como peligrosa. El núcleo del derecho penal, el castigo de una lesión de un bien jurídico individual, ya hace tiempo que se ha diluido y se derrama sobre todos los ámbitos en los cuales nuestra vida se ha vuelto «moderna» y riesgosa. Pero, la tendencia a una *soft law* en una criminalización flexible que cubra un plano, no es seguida por los modernos marcos penales. El legislador apuesta por el rigor y la intimidación según se puede deducir del estudio de la «lucha» en contra de la «criminalidad organizada», de la regulación penal de la economía exterior y el control de armas o de la reforma del derecho Penal del medio ambiente.

En el procedimiento penal moderno que acompaña esta evolución, bastarían para la caracterización del derecho penal funcional con señalar dos campos especialmente destacados: el «deal» en el

(120) ARTHUR KAUFMANN, *Subsidiarität und Strafrecht*, en Festschrift für Henkel, 1974, pp. 89 y ss.

(121) Así se oye en estos días, mediados de abril de 1992, en todas partes la original idea de introducir un deber de votar cuya lesión será gravada con pena pecuniaria: En BADEN-WÜRTTEMBERG y SCHLESWIG-HOLSTEIN la participación en las elecciones regionales fue escasa. Por otra parte en la misma época tres velocistas de Neubrandenburg dieron alas a deseos de criminalización por doping.

procesopenal (122) y la agudización de las medidas coercitivas procedimentales para la «lucha» en contra de la «criminalidad organizada» (123). En uno se reblandece la estructura del procedimiento penal, en otro se agudizan y endurecen los instrumentos de investigación, produciéndose, sin embargo, en ambos lo mismo: un procedimiento que sea cómodo al espíritu que actualmente informa la política interior.

c. Acuerdos en el proceso penal

Los «acuerdos» o también «concertaciones» como se les llama eufemísticamente, es de suponer que constituyen la reacción del procedimiento penal a su exceso de carga, exceso de carga cuya específica hipertrofia tiene que agradecérsela al derecho penal material. Por eso constituye un problema «moderno». Este mismo contexto pone de manifiesto que precisamente los delitos «modernos» relativos al medio ambiente, a las drogas y a la economía son los más indicados para las concertaciones (124). Aun cuando en este momento, después de las controvertidas discusiones que han tenido lugar, no es posible prever que formas de concertaciones van a caracterizar en el futuro al proceso penal, sin embargo es posible prever hacia donde vamos y qué conquistas político jurídicas habrán de quedar en el camino (125).

Los acuerdos le quitan formalidad al proceso, lo abrevian, lo hacen más económico y aumenta la capacidad de la justicia penal para la solución de casos. Tienen como enemigo natural un gran número de principios jurídicos básicos de carácter constitucional y procedimental: el juicio oral público (porque necesitan prudencia y discreción); el juez legal (porque la inclinación a hacer participar también a los jueces legos en las negociaciones decisivas tiene poco arraigo); el principio de legalidad (porque la decisión no está dirigida, como sería lo racional, por el contenido del derecho penal material, sino por la valoración oportunista del estado del procedimiento y por la disposición que tengan los impli-

(122) DENCKER/MAMM, *Der Vergleich im Strafprozess*, 1988; SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*. Gutachten zum 58 DJT, 1990; hay más en el número especial de la revista «Strafverteidiger» dedicado a las mismas Jornadas.

(123) Visión panorámica y crítica en W. HASSEMER, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*, en: KJ, 1992, pp. 64 y ss.; en lo fundamental WOLTER, en: *Systematischer Komm*, zur StPO und zum GVG, 1990, § 151, N.º marg., pp. 81 y ss.

(124) DENCKER/HAMM, p. 12; SCHÜNEMANN, p. 18 y s.

(125) Detalles en mi trabajo *Pacta sunt servanda-auch im Strafprozess?* en: JuS, 1989, pp. 890 y ss.

cados a llegar a un acuerdo); los principios que informan la instrucción de la causa (porque la gracia del acuerdo consiste precisamente en evitar investigaciones que por lo demás son ineludibles); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque sólo tiene sentido entrar en negociaciones de acuerdo cuando se tiene algo que ofrecer); el trato igualitario (porque hay que conseguir que aquéllos que no se prestan a cooperar o los inculpados reacios, sólo por esta razón tengan un trato relativamente más duro).

d. *Agravación de las facultades coercitivas*

También es impresionante el arsenal y está exarcebado el método de investigación con que la praxis quiere llegar a las modernas formas de criminalidad: investigadores ocultos y tropas especiales, investigaciones y vigilancias de largo plazo, operaciones de «peinado» y pesquisas gráficas, introducción en la esfera privada de aparatos de escuchas y obervación, «registros de impresiones genéticas», procesamiento informático de datos amplios y «preventivos», utilización de información íntima en la criminalidad de gran alcance. Incluso en este caso aparece palmariamente porqué el desarrollo político criminal no debería provocar inquietud sólo a nivel académico: la importante distinción para la protección jurídica de los ciudadanos, entre las facultades de intervención policial y facultades de intervención judicial, se desvanece ante un miedo creciente a la criminalidad y la presencia de agresivos intereses preventivos; cada vez más caen en las redes de las pesquisas personas ajenas a los hechos; el límite irrenunciable a la intervención ante la sospecha de un hecho punible tiene sensibles lagunas en las «investigaciones preliminares» y en la «lucha preventiva en contra del crimen»; los derechos fundamentales, desde expresiones de la dignidad humana y del derecho general de la personalidad como el derecho a la autodeterminación hasta el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, se ven entorpecidos junto con una labor policial racional. El Estado amparado por la existencia comprobada de un hecho punible, atenta a la intimidad y recurre al engaño perdiendo con ello el crédito de una supremacía ética. No son las formalidades de la justicia en el derecho procesal (126) las que tienen actualidad, sino su idoneidad para la lucha efectiva en contra del delito y las expectativas de continuar elaborando garantías jurídicas en el procedimiento, pertenecen al ayer.

(126) Este concepto ha sido expuesto por Eb. SCHMIDT, LEHRKOMM. zur StPO und zum GVG I, 2.^a Ed. (1964), N.º marg. 20 y ss.: «Formalidades de la justicia en el otorgamiento de justicia, orientadas a la verdad y equidad, significa el cumplimiento de la tarea del Estado en el ámbito del dar el servicio que ofrece el derecho penal».

3. El rol de la ciencia penal.—

a. *Ciencia y praxis*

Este trabajo no tiene por objeto la evolución de la praxis jurídica, sino el desarrollo de la ciencia jurídica. Sin embargo, el hecho de que parece que la praxis domina las manifestaciones del derecho penal funcionalista tiene su fundamento en su propia naturaleza: en esta reciente evolución la ciencia ha participado sólo discreta y marginalmente. El divorcio del interés científico penal de su entorno político criminal, refleja el estado actual de la dogmática (127) de las ciencias del espíritu. Hay un avance consecuente de la teoría penal orientada a las consecuencias, pero como no hay ninguna observación científica concentrada en la praxis, se debilita su orientación crítica. Por lo tanto, la praxis se desarrolla de acuerdo con sus propias leyes. El resultado es el derecho penal funcionalista.

A pesar de estas limitaciones, hay tres ámbitos en los que se pueden hacer importantes contribuciones científicas, y perfectamente diferenciables en concreto, para la formación de un derecho penal funcionalista. Estos son los ámbitos de la dogmática penal, de las teorías de la pena y de la política criminal.

b. *Dogmática penal*

Gráficamente se puede muy bien hacer aprehensible la diferencia entre el siglo XIX y el final del XX con los problemas de la causalidad y después de la imputación. Ya un (¿o sólo, o exactamente?) examen superficial hace evidente que entonces lo característico era tener que tratar con constelaciones del tipo en que uno enviaba a otro al bosque cuando amenazaba una tormenta con la esperanza de que lo alcanzara un rayo (128), en tanto que hoy hay que pensar en la causación de daños del calibre de una decisión tomada por una mayoría precaria del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima o de un fracaso de un equipo médico: la complejidad de nuestro mundo sobre todo se representa en complejas constelaciones de imputación.

Por eso no es ninguna casualidad, que el objeto de las investigaciones con pretensiones científicas más recientes, no sólo sea la teoría de la imputación objetiva. Por regla general no se oculta que se la entiende

(127) Supra II. en especial II.4.

(128) Un ejemplo utilizado a menudo por ROXIN en *Strafrecht. Allgemeiner Teil* I, § 11 N.º marg. 36 con remisión a WELZEL; en ese N.º también una visión de la más reciente teoría de la imputación.

como una contribución al desarrollo de un derecho penal funcionalista (129). Este sería el modelo de una respuesta adecuada de la ciencia penal a las transformaciones de la realidad penalmente relevante: distinción de instrumentos dogmáticos y ascenso de la capacidad sistémica para el tratamiento de lo complejo.

c. *Teorías de la pena*

En lo que se refiere a las teorías de la pena, esto es de la preocupación científica sobre los fines de la pena estatal, en la era del derecho penal funcionalista pueden tener validez dos aspectos diferentes: que estas teorías están en el centro del interés científico, pero que, al mismo tiempo, este interés se refiere sólo a la mitad de ellas.

Cuando el derecho penal, del mismo modo que para otros fines políticos, rige como instrumento funcional, esto es ajustado y acomodado para la solución de conflictos, cuando es tratado científicamente en la construcción de aspectos sistémico funcionales y en el apartamiento de disfunciones, entonces todo pasa sólo a tener sentido a la luz de funciones del sistema y de los respectivos subsistemas relevantes. Pues, estas funciones sistémicas y sólo ellas pueden establecer lo que son ventajas para la funcionalidad, esto es, para los criterios de lo adecuado o de lo inadecuado, de lo que apoya y de lo que entorpece.

Con esto se consigue al establecer los fines de la pena, distinguir entre «función» y «fin», lo que el derecho penal no había logrado (¿todavía?) (130) en su definición tradicional. Estas en efecto hacen referencia, aunque reformuladas en el lenguaje de la teoría penal funcionalista, a los fines del subsistema derecho penal. Con ello, en primer lugar, queda claro de que en relación con los que se estiman que son corrientemente fines de la pena, sólo pueden quedar incluidas dos (intimidación y reinserción) pero no las otras dos (retribución y expiación): sólo prevención entendida como una aspiración a una situación futura y fácticamente posible, puede ser fin de un esfuerzo funcional pero, en cambio, no puede ser la compensación entre injusto y culpabilidad co-

(129) Paradigmático WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung*, 1981; U. NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden». Vorstudien zum einen dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985; FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

(130) Aportando luz SACK, *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie-Probleme und offene Fragen*, en: LÜDERSSEN/SACK, *Seminar: Abweichendes Verhalten II 1*, pp. 360 y ss.

mo si se tratara de un ajuste de cuentas entre lo ya pasado y lo normativo (131). Fuera de ello es forzoso una vinculación de los fines subsistémicos del derecho penal con funciones sistémicas más altas. El derecho penal es entendido como un instrumento funcional, por lo tanto como parte de un todo mayor que le proporciona sus estructuras importantes y los criterios de enjuiciamiento para la consecución de sus fines.

No se podría decir que el derecho penal funcionalista ya habría agotado con lo fines de la pena su programa científico. Pero en este momento hay dos poderosas corrientes que no dejan lugar a dudas sobre la dirección a la que van: la teoría funcionalista de la culpabilidad y la teoría de la integración prevención.

La actual teoría de la culpabilidad se hace evidente, en los aspectos que contienen nuevas posiciones, como una teoría funcionalista y consi-gue con esta característica la vinculación con los fines preventivos de la pena (132). Es funcional en tanto que esté orientada a los fines de la pena. En consecuencia, en tanto que tome desde los fines de la pena el significado de «culpabilidad» así como de la «culpabilidad para la determinación de la pena» que codecide teórica y prácticamente sobre la imposición de la pena: lo que hoy significa «culpabilidad» (y también «exculpación») se corresponde en cuanto al contenido a los modelos y posibilidades de la prevención especial e individual. Esta es, en consecuencia, la adaptación funcionalizadora del concepto de culpabilidad a las probabilidades de la reacción preventiva, constituye la supresión de las disfunciones en coherencia con culpabilidad y pena, es, ciertamente, la elaboración sistémica de esta coherencia.

Aun cuando no se puede hablar de estrecho parentesco ni desde el punto de vista histórico dogmático ni sociológico científico, los plantea-

(131) Esta distinción entre teorías «absolutas» y «relativas» está comprobada y desarrollada en forma más amplia en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 28. Ver nota 48.

(132) Con grandes diferencias en los puntos esenciales y particularidades: ROXIN, «*Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*», en: *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 171 y ss. (Hay traducción castellana de LUZÓN PEÑA en *Problemas básicos de derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, pp. 200 y ss.: («Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico penales.); JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976; SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips in Präventionsstrafrecht*, en: el mismo (Ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 153 y ss. (Hay traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ: «La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo» en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid 1991 pp. 147 y ss.); críticamente, STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, pp. 29 y ss. (Traducción con estudio preliminar de E. BACIGALUPO: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980); W. HASSEMER *Ueber die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, en *Festschrift für Coing I*, 1982, p. 506 y s., 522 y s.

mientos de una prevención integración constituyen, sin embargo, la prolongación de las teorías funcionalistas de la culpabilidad con otros medios.

Estas teorías (133) han aprendido de la crítica a las teorías de la prevención intimidatoria (134): que fácticamente nada se sabe sobre los efectos de un derecho penal intimidatorio y que un derecho penal de esta laya no se puede tolerar normativamente. En consecuencia han pulido la prognosis kantiana y amortiguado las vinculaciones mecánicas. Conforme a esto, el derecho penal no debe intimidar más (sólo) a los que tienen tendencia al delito con la conminación penal y el castigo de los que han sido sorprendidos, sino que reforzar, en general durante toda su existencia y por sobre todos nosotros, los mandatos y prohibiciones fundamentales que contiene. Con esto se ha conseguido, conjuntamente con una neutralización de una barrera metodológica, que la funcionalización no se refiera al autor individual del hecho punible, sino al sistema del derecho penal como un todo. Así, la aplicación del derecho penal se presenta más como empresarial que como violenta y las expectativas de eficacia positiva son tan vagas y fundamentales, que apenas se pueden contradecir. Y la adaptación funcionalista del derecho penal en los demás mecanismos de control social está, por sobre los fines de la pena, teóricamente conseguida.

d. *Política criminal*

No necesita una fundamentación muy amplia afirmar que las imágenes sobre la correcta política criminal están en el corazón de una teoría funcionalista del derecho penal. ¿Qué cosa que por último no sea la política del control de la conducta criminal con instrumentos penales podría sino ser denominada «función»? Sin embargo la preocupación científica en la política criminal del derecho penal funcionalista está en el mejor de los casos en los comienzos: No se puede estar seguro de que las pocas investigaciones vayan a ser alguna vez completadas. La praxis de la política criminal se ha alejado considerablemente de su teoría. La diagnosis sería por su parte eufemística: la praxis no se ha preocupado

(133) Asimismo con grandes diferencias y puntos esenciales y particularidades (y las más de las veces bajo el rótulo (prevención general positiva): JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.^a Ed. (1991) I 1 y ss.; MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, en: Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 813 y ss.; GIEHRING, *Sozialwissenschaftlicher Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts*, en: KrimJourn. 1987, pp. 2 y ss.

(134) Supra III.4.b.

en absoluto de alguna teoría (lo que, por lo demás, no constituye ningún reproche en contra de la praxis).

Todas las aportaciones científicas que se puedan atribuir a la política criminal del derecho penal funcionalista (135), se refieren a procesos de la modernización, a la complejidad del mundo moderno. Por eso giran en torno a la semántica de palabras como «peligro» (en lugar de «daño»), «riesgo» (en lugar de «lesión de bien jurídico») o «seguridad» (en lugar de «justicia»). Se alimentan de las experiencias de nuestra vida cotidiana, de difusas orientaciones y miedos de amenazas de dimensiones concretas o globales, de la vida entretejida en cada vez más complejas estructuras y podrían apoyarse entre tanto en interpretaciones científicas de lo moderno, las cuales van unidas a estas experiencias (136).

Parece evidente que este marco es demasiado grande para el pertrechamiento habitual del derecho penal. O bien se renueva el pertrechamiento o se abandona la esperanza de instalar al derecho penal en la orquesta de la solución de los problemas sociales:

- Los bienes jurídicos concretos del individuo son irrisorios como núcleo de un derecho penal tan modernizado (ahora se trata de amplios bienes jurídicos universales, de funciones, de «grandes perturbaciones», de relaciones de riesgo);
- Los delitos de lesión han caído en desuso como modelos centrales de la descripción del injusto (sólo la puesta en peligro abstracta es adecuada frente a nuestra experiencia en cuanto a amenazas);
- El principio fundamental del derecho penal de la retribución y del hecho se ha vuelto peligroso (hoy ya no se puede esperar, a la vista de las amenazas globales, hasta que el niño se haya caído en el pozo, antes hay que prevenir oportunamente);
- El principio de la imputación individual es anacrónico (el injusto penal moderno se origina de decisiones entreveradas);
- Hay que repensar críticamente el *in dubio pro reo* (un derecho penal que frente a los crecientes problemas del mundo moderno quiere ser adulto, tiene precisamente que poder reaccionar en situaciones poco claras);

(135) Con grandes diferencias en los puntos esenciales y particularidades SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungdelikte*, en: JA 1975, 436 y ss., 511 y ss., 575 y ss., 647 y ss., 715 y ss., 787 y ss., KRTATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriff und der Regeln der Gesetzesanwendung*, 1985; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährungsdelikte*, 1989; una exposición resumida y crítica en F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit* etc., I. Teil, pp. 1 y ss.

(136) BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986; LUHMANN, *Risiko und Gefahr*, 1990.

- Distinciones normativas como tentativa y consumación, auto-ría y participación, dolo e imprudencia pueden ser en un derecho penal moderno desde molestas hasta contraproducentes (porque en la lucha en contra del crimen moderno se necesitan otras estructuras relevantes y otros criterios de enjuiciamiento).

4. Preguntas y tareas

Casi no se puede discutir que el derecho penal funcionalista ha consumado en un sentido específico la orientación a las consecuencias del derecho penal: La vinculación del derecho penal con su realidad (137) se ha vuelto tan estrecha que se puede hablar de una relación funcionalista; el significado de la política criminal (138) casi no tiene límites; el interés en las consecuencias (139) ha reprimido prácticamente a todo otro interés.

Sin embargo (y por eso), se ha quebrado en el derecho penal funcionalista la *ratio* de la orientación a las consecuencias (140). Esta *ratio* en su tiempo venía bien como contrapunto de una dogmática científico espiritual que no ponía atención en las inmediateces del derecho penal (141), que estrechaba la mirada científica (142) y se dedicaba a la política criminal sin información empírica (143).

Por ejemplo, el principio de protección de bienes jurídicos (144) tenía otro significado desde la perspectiva de la orientación a las consecuencias que desde la del funcionalismo. Originalmente era crítico y negativo en cuanto obstáculo para una conminación penal: lo que no pueda remitirse a la protección de un bien jurídico es insostenible como tipo penal. Este pierde su *ratio* si sólo tiene fundamento en una conminación penal: todo bien jurídico es digno de protección penal. Lo mismo pasa con la idea de la orientación a las consecuencias. Como instrumento que acompaña a una asistencia penal orientada a la justicia esta idea tiene completamente otra significación a la del principio dominante de la conminación penal y del castigo. Y finalmente, de forma diferente a en el funcionalismo, en el análisis del derecho penal desde la orientación a las consecuencias sus garantías no eran obstáculo sino fundamento.

(137) Supra III.3.

(138) Supra III.1.

(139) Supra III.4.

(140) Véase supra IV.1.

(141) Supra II.1.

(142) Supra II.3.

(143) Supra II.4.

(144) Supra III.4.a.

El futuro del derecho penal funcionalista está abierto. No se divisa todavía qué vaya a sucederle. Pero también están abiertas algunas preguntas sobre las que hay que reflexionar si se quiere tener claras una evolución que sea deseable.

Está fuera de discusión, que también el derecho penal tiene que mantener la vinculación con el cambio social: tiene que estar preparado para dar respuesta a las preguntas de hoy y no puede remitirse en un falso purismo a los problemas de normas y de lesión de dichas normas del ayer. Tiene que seguir evolucionando en contacto con su realidad. Pero la pregunta decisiva será la medida de esas tradiciones que deberá abandonar para mantener ese contacto. Esta pregunta al final se va a decidir políticamente y en lo que a nosotros respecta esto significa, sin más ni más, sin una influencia notable de la ciencia penal. Pero la ciencia penal tiene la oportunidad (y la misión) de mantener algún espacio en la vida e incluso construirlo, sin cuya observancia no debería fracasar una decisión política.

En primer lugar, a esto pertenece la ampliación del punto de vista de que las garantías de un derecho penal y procedimental no son simples formalidades que sobreviven, sino que son, antes que nada, presupuestos necesarios para una justificación del derecho penal (145). Penas sin imputación individual, conminaciones penales sin bienes jurídicos aprehensibles, consecuencias del derecho penal sin equiparación normativa y condenas sin derechos garantizados para el condenado, sin ninguna consideración a la modernización, deberán estar excluidos de todo derecho penal.

El derecho penal tanto en la teoría como en la praxis debe mantenerse libre de engaños. El derecho penal moderno tiende a cosechar las frutas del dato empírico y a sustraerse de los costos. Aparece como instrumento de la solución efectiva de los problemas, pero no admite la pregunta crítica sobre su eficiencia. Teniendo a la vista el masivo «déficit de ejecución» en el derecho penal moderno de las sustancias psicotrópicas, pasando por el económico hasta el del medio ambiente, subsiste el peligro de una seudoeficacia puramente simbólica. La ciencia penal, en lugar de pretender la eficacia, tiene que vigilar si y donde la moderna política criminal todavía aplica la protección de bienes jurídicos.

Finalmente la ciencia penal tiene que volver a pensar en alternativas al derecho penal. De ningún modo está decidido, ciertamente que no ha sido lo suficientemente discutido, si los problemas de una sociedad moderna estarían en buenas manos si se les pusiera en las del derecho penal, aun en el caso de que éste se adaptase en la forma ideal aquí expuesta, al cambio social. Hay que partir de la base de que el derecho

(145) Esto lo he expuesto detalladamente en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 30 II. (véase nota 48 la indicación sobre la traducción de esta obra).

penal tradicional continuará con el robo, con la corrupción y las violaciones. No veo ocasión de «modernizar» en esto. En este ámbito nuclear del derecho penal tiene que continuarse honesta, precisa y prudentemente con imputación individual, proporcionalidad de las consecuencias del derecho penal y con garantías procesales, porque de otro modo los derechos fundamentales de los partícipes de conflictos tan graves no estaría protegidos.

Hay muchos y muy buenos motivos para desarrollar para los «modernos» problemas de nuestra sociedad un «moderno» derecho de intervención: en el espacio límite del injusto administrativo, derecho penal y de acciones no permitidas; siendo cuidadoso con las leyes del mercado y con las posibilidades de sutiles intervenciones estatales; sin problemas de imputación, sin presupuestos de culpabilidad, sin un procedimiento penoso, pero en ese caso también sin penas.