

# La "ideología" de los fines de la pena

Dr. JOAQUIN CUELLO  
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

Ningún problema del Derecho penal ha sido objeto de tan viva especulación como la *teoría de la pena*, no sólo por parte de los juristas sino también por filósofos y sociólogos. En torno al mismo ha reinado y reina una gran confusión a la que coopera, no en último lugar, la mezcla de puntos de vista desde los que se ha abordado su estudio. La confusión fundamento-fines, teoría-praxis, análisis técnico-análisis empírico es constante.

Resulta por otra parte bastante sorprendente que enrolado un autor en las filas de los defensores de la prevención especial, por ejemplo, pretende ver precedentes en la Patrística (!), o en Protágoras (!) para los defensores de la prevención general. Como si la discusión en torno a la pena desde finales del siglo XVIII, cuando se inicia la configuración del Estado moderno, tuviese algo en común con la sostenida en fases anteriores de la Historia de la Humanidad (1).

En esta ocasión no pretendemos ser exhaustivos. Tan sólo vamos a caracterizar tres momentos de la discusión, a partir de la Ilustración, con la esperanza de poder descubrir en ellos las razones de la confusión reinante, como primer paso para poner en orden los temas implicados. Se trata, en primer lugar, de la singular relación que une a dos autores como Kant, defensor de una tesis «absolutamente retribucionista» de la pena, con Feuerbach, que es el primer autor que sostiene una teoría pragmática no absoluta de prevención general. En segundo lugar, puede observarse una corriente, predominantemente en los años sesenta, que se autoentiende como «de síntesis» de las posiciones defendidas hasta entonces y que trata de conseguir la «cuadratura del círculo» extrayendo de la insuficiencia de cada una de las posiciones «retributiva», de prevención general y de la prevención especial la conclusión

---

(1) Cfr. Hasso HOFMANN, *Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie*, Berlín 1976, págs. 13-24 ("Das Legitimitätsproblem"). En esta dirección también Hans WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material* (traducción del alemán por F. González Vicen de la 4.<sup>a</sup> edición de la obra *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962, págs. 248-249.

de que la pena es todo eso a la vez. Finalmente, hay que aludir a algunos autores que, con posterioridad, vuelven a pretender una reducción en torno a la prevención general, de manera más o menos pura.

Antes de continuar, hay que hacer una referencia genérica al problema de la distinción entre el *fundamento* y los *finés* de la pena. Respecto a este tema hay que decir que las teorías aludidas pese a haber detectado la necesidad de su distinción, no se han planteado su delimitación, han confundido ambos aspectos o los han hecho coincidir. Resultado de lo cual es un enriquecimiento de las perspectivas desde las que estudiar los fines de la pena que coincide con un planteamiento raquíutico sobre el fundamento.

\* \* \*

Quizá el autor más «maltratado» en exposiciones someras y esquemáticas de la teoría de los fines de la pena, no sólo en la actualidad sino también en el siglo XIX, es Kant. Naucke (2), el penalista más conciencizado hoy en el estudio sobre la aportación kantiana, denunciada: «Es una cuestión abierta, sobre todo, qué significado tuvo en el siglo XIX la opinión de Kant de que la pena sea sin duda retribución justa». Y a continuación: «A la cuestión sobre la influencia de Kant pertenece también la pregunta: en qué medida fue Kant correctamente interpretado. Dicho de otra forma, si parte de la influencia de la teoría kantiana de la pena no es sino la influencia de un equívoco acerca de esta teoría» (3).

La teoría absoluta de Kant, para quien la pena es pura retribución desprovista de todo fin, produjo un gran impacto en el siglo XIX dominado por concepciones relativas sobre la pena, según las cuales la pena sólo puede fundamentarse racionalmente en base a su finalidad: el Estado tiene la finalidad de asegurar la paz y el orden, lo que no es alcanzable sin la pena. De donde se deduce que la pena se legitima por su fin: restablecimiento del orden quebrantado, intimidación, aseguramiento y resocialización. Frente a todo esto Kant: la Ley penal obliga *incondicionalmente*, es un imperativo categórico, pues sólo puede ser aplicada a causa del delito y sólo porque se ha infringido la Ley (4).

Presupuesto de la posición de Kant es la idea de que el hombre actúa *moralmente libre*. Si al hombre le es exigido que actúe necesariamente de esta forma, le estará también crear las condi-

---

(2) Wolfgang NAUCKE, *Kant und die Psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Kiel 1962; del mismo autor, *Die Reichweite des Vergeltungsstrafrecht bei Kant*, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1964, págs. 203-211; del mismo autor, *Über den Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jahrhundert*, en Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (Hrg. J. Blüh-dorn y J. Ritter), Frankfurt 1969, págs. 27-48. Cfr. también su *Straf-recht. Eine Einführung*, Frankfurt 1975, págs. 46-68.

(3) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 29.

(4) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 30.

ciones necesarias para ello. Entre estas condiciones están el Derecho y el Estado. Por tanto, el Estado está ahí no para garantizar la paz y el orden, sino para posibilitarle al hombre que actúe moralmente libre. Entre las Leyes del Estado dirigidas a esa finalidad está la Ley penal. «La lesión de una Ley penal es entonces la lesión del deber exigido de no alterar la libertad externa de los demás. Sólo se pune, como retribución no final, por la infracción de una Ley que obliga sin condiciones, es decir, porque el autor ha delinquido» (5).

De lo anterior se deduce que la pena como finalidad no debe estar permitida, pues, según el conocido argumento de Kant, el hombre en su personalidad no puede ser utilizado como medio, pues es un fin en sí mismo. Puesto que la medida de la pena no puede basarse en finalidad alguna, sólo podrá hacerlo en la idea de retribución (*Wiedervergeltungsprinzip*). Es precisamente en este punto donde Kant va a permanecer aislado a lo largo de todo el siglo XIX: «No se encuentra intento alguno de aclarar la teoría absoluta de la pena de Kant desde el concepto del imperativo categórico» (6).

Una excepción a esta actitud general es Feuerbach, para quien la Ley penal es un *imperativo categórico*, pues la pena sólo puede imponerse por razón del delito cometido. La coincidencia, sin embargo, es sólo aparente ya que la argumentación de Feuerbach es que si la pena quiere *intimidar* realmente ha de derivarse automáticamente del delito cometido (categóricamente). Como ha formulado Naucke con gran precisión (7): «Para Kant, el imperativo categórico de la justicia penal explica el fundamento de la punibilidad, para Feuerbach, la referencia al imperativo categórico sólo aclara cómo haya de aplicarse la Ley para que tenga el máximo efecto final». O sea, que si Feuerbach aprovecha el criterio de Kant es porque se acomoda a la pena-fin que él propone. ¿Significa ello que la influencia de Kant en los autores del siglo XIX es nula?

Algunos juristas, entre los que se encuentra Feuerbach, se apoyan en Kant para sostener que el Derecho penal como Derecho sirve de garantía a la libertad externa de los individuos, que es la finalidad del Derecho y a su vez el fundamento de éste y del Estado. De donde se deduce (8): «Si el delito es la lesión del Derecho como institución final, la reacción frente al delito no debe ser retribución en el sentido de Kant sino actividad final que evite futuras lesiones del Derecho». Aquí, sin embargo, se produce un equívoco. Para Kant, efectivamente, *sirve la Ley penal a la finalidad de asegurar la libertad pública pero no para fundamentar el Derecho y el Estado*. Pero, por el contrario, «la garantía de la paz externa es para él sólo *conditio sine qua non* para la posibilidad del

(5) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 30.

(6) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 32.

(7) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 35.

(8) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 38.

actuar moral. Kant deduce la obligatoriedad del Derecho y de vivir en el Estado de la obligación de actuar moralmente, *no de la finalidad de garantizar al ciudadano una vida tranquila y segura*» (9).

En suma, Kant sirvió a los juristas del siglo XIX, paradójicamente, para afianzar la fundamentación de la pena en base a su utilidad. La unión de la teoría absoluta de Kant con las teorías utilitarias dominantes en su tiempo sirvió para que la pena-fin se destinase a la protección de la paz entre los ciudadanos, la paz pública, el Derecho en definitiva como proponía Kant. Feuerbach no tiene inconveniente en identificar a su concepción final de la pena según la teoría de la coacción psicológica con la pena-justa kantiana. Para Naucke (10), la formulación kantiana abrió la posibilidad de apoyar en principios jurídicos de filosofía crítica la fundamentación de la pena en base a finalidad.

De esta «síntesis» se deriva, según Naucke, la posición de los *hegelianos*: si la pena sirve de garantía para el Derecho, resultará que la pena se aplica para restablecer la autoridad del Derecho lesionado. O sea, que lo que hasta nuestros días se nos ha transmitido como una teoría absoluta, retributiva, de Hegel, está en la línea iniciada por Feuerbach de concebir a la pena-fin como pena-justa. ¡Y todo ello como consecuencia de una errónea interpretación de Kant! Por tanto, finaliza Naucke (11), «también la teoría absoluta de los hegelianos es sólo una teoría relativa de la pena encubierta». En conclusión, *lo que se ha pretendido por la doctrina a lo largo de todo el siglo XIX es hacer coincidir la pena, fin por esencia, con la pena-justa que propone Kant*.

En 1883, sin embargo, renuncia von Liszt a justificar la pena en base a ambos elementos. *La pena es sólo finalidad*. La pena sirve solamente para garantizar la paz entre los ciudadanos, encontrando en ello su fundamento, y no en aras de la autoridad del Derecho lesionado. La fundamentación de la pena vuelve a ser lo que al principio: una teoría relativa de la pena. Los intentos de integrar a Kant en esta tendencia fracasaron (12).

\* \* \*

Precisamente con el «Programa de Marburgo» de v. Liszt conecta la discusión en torno a los fines de la pena en los años sesenta, con motivo de la elaboración del Proyecto Alternativo de Código penal alemán. «El Proyecto Alternativo está en una línea histórica que se remonta a Franz von Liszt» (13). La pregunta de

(9) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 39.

(10) NAUCKE, *Einfluss Kants*, págs. 40-41.

(11) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 42.

(12) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 43.

(13) Claus ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, en «Problemas básicos del Derecho penal» (traducción del alemán por D. M. Luzón Peña de la obra *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurf*, en *Strafrechtliche Grundlagentheorie*, Berlín 1973), págs. 37-70, pág. 38.

obligada formulación es, ¿qué ven los autores del Proyecto Alternativo en v. Liszt que les atrae a diferencia del Derecho penal posterior a él? La respuesta está naturalmente en las reformas propuestas por uno y otros: «Sobre la tendencia de conjunto del Proyecto Alternativo y, con él, del nuevo movimiento de reforma se puede decir que se caracteriza por destacar cada vez de modo más fuerte la prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general» (14).

Lo que de v. Liszt fascinó a los autores del Proyecto Alternativo fue su concepción de las tareas del Derecho penal, ya que éstas daban respuesta a los dos aspectos esenciales de la cuestión: el práctico (lucha contra el delito) y el de garantía (límites del poder punitivo estatal): «El Derecho penal sirve simultáneamente para limitar el poder de intervención estatal y para combatir el delito. Protege, por tanto, al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero igualmente protege a la sociedad y a sus miembros de los abusos del individuo» (15); la perfecta síntesis, en definitiva, entre las ideas ilustrado-liberales (Estado de Derecho) y socialistas (resocialización como meta de la imposición de penas).

Aceptado este punto de partida común, sólo queda evitar algunos excesos en los que había incidido v. Liszt (tratamiento de los delincuentes incorregibles, por ejemplo), para lo que precisamente está el límite de garantía que representa el Derecho penal. Ambos principios «antinómicos» no sólo no se contradicen sino que se condicionan mutuamente: «Un Derecho penal retributivo clásico no sólo es enemigo de la resocialización sino que también es, como consecuencia de su estructura represiva, perjudicial para la libertad individual y su desarrollo; y un puro Derecho de medidas sin las garantías del Estado de Derecho, no sólo violenta al sometido a él, sino que tampoco puede ser provechoso con sus métodos de ilimitada acomodación coactiva para una sociedad democrática y liberal. La dialéctica de individuo y sociedad, que se manifiesta en los componentes del Derecho penal correspondientes al Estado de Derecho y los correspondientes al Estado social, sólo puede ser superada mediante una síntesis que preserve sin deformaciones ambos polos de la existencia humana. Un «Estado de Derecho» que abandone al individuo a sí mismo (o a una abstracta retribución) en vez de ayudar al necesitado, conduce a la opresión y eliminación del débil; y un «Estado social» que desprece la libertad del individuo, utiliza de modo muy similar al Derecho penal para lograr una tutela manipuladora de aquél, en vez de hacerlo para fomentar el desarrollo de su personalidad. Por consiguiente, la fórmula empleada por nuestra Ley fundamental, del «Estado social de Derecho» no es mero aglutinamiento de principios heterogéneos, sino que por el contrario designa dos partes de un todo que correctamente se considera inseparable» (16).

(14) ROXIN, *Franz von Liszt y el Proyecto Alternativo*, pág. 37.

(15) ROXIN, *Franz von Liszt y el Proyecto Alternativo*, pág. 59.

(16) ROXIN, *Franz von Liszt y el Proyecto Alternativo*, pág. 65.

Las teorías de la *síntesis* sobre los fines de la pena se caracterizan, a diferencia de las unitarias y de las simplemente aditivas, en que por un lado parten de que la pena es prevención, general y especial y culpabilidad; predominando, por otro, un aspecto en cada una de las fases de realización de la Justicia penal: «Nuestro punto de partida es que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado. En este punto hay que tener ciertamente en cuenta que los distintos estadios de la realización del Derecho penal se estructuran unos sobre otros y que, por tanto, cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente» (17). O como Roxin resume al final de su exposición: «Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del Derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual» (18).

Por esa razón, llama Roxin a su teoría dialéctico-unitaria o de *síntesis*, que hay que distinguir estrictamente, tanto metodológicamente como por su contenido, de las tradicionales teorías monistas, así como de la teoría dominante de la unificación por *adición*. Pues las teorías monistas, «ya atiendan a la culpabilidad ya a la prevención general, son falsas necesariamente porque cuando se trata de la relación del particular con la comunidad y con el Estado, la realización estricta de un sólo principio ordenador tiene como consecuencia forzosamente la arbitrariedad y falta de libertad»; y las aditivas «acumulan en una mera adición los puntos de vista particulares. Al contrario: al permitir pasar al primer plano tan pronto este como aquel punto de vista, y al permitir emplear, en lugar de una facultad de ingerencia ya demasiado amplia, nada menos que tres, no hace sino perfeccionar el sistema de reglamentación» (19). Por tanto, la teoría unitario-dialéctica «pretende por contra evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, el lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas».

En resumen: «La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiariedad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto

---

(17) ROXIN, *Sentido y límite de la pena estatal*, Problemas básicos (*Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, Grundlagenprobleme*), págs. 11-36, pág. 20.

(18) ROXIN, *Pena estatal*, pág. 33.

(19) ROXIN, *Pena estatal*, págs. 33 y 34.

no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial. Y como hemos visto, de la misma manera la totalidad de los principios restantes preservan a la idea de corrección de los peligros de una adaptación forzosa que violara la personalidad del sujeto».

\* \* \*

La tercera fase que consideraremos en nuestra exposición sistemática, y que yo calificaría de «post-sintética», se caracteriza por ser una discusión sobre los fines de la pena en torno al principio de la culpabilidad. En definitiva, se trata de dotar de un contenido *teleológico* (prevención general) al principio de culpabilidad. La idea de prevención no va a ser algo que modifica desde fuera a la culpabilidad sino elemento subyacente a la misma.

Roxin ha sido el primero en poner en relación la prevención con la culpabilidad (20). Con el juicio de culpabilidad no se trata de la constatación ingenua de que el autor pudo actuar de otra manera a como lo hizo (juicio de reproche), sino que por el contrario se tratará de responder a la cuestión normativa que si existe la necesidad de llevar a cabo dicho juicio, o si por el contrario, por cualquier otra circunstancia aquel juicio deviene innecesario. En definitiva, será una razón de prevención general la que determinará la necesidad o no de realizar el juicio de reproche de la culpabilidad. La peculiaridad del pensamiento de Roxin es que quiere dejar intacto el juicio de culpabilidad. La culpabilidad sigue siendo el «anders handeln können» como hasta ahora; y si en casos como la inimputabilidad o el error de prohibición inevitable no se lleva a cabo tal juicio será porque razones de prevención general lo hacen innecesario. Por esta razón, trata de sustituir Roxin la categoría culpabilidad («anders handeln können») por la de responsabilidad (que puede no darse pese a persistir la culpabilidad). Por tanto: es la necesidad de prevención general la que en definitiva decide si se va a producir un reproche de culpabilidad (21).

Un paso adelante en esta tendencia a configurar la culpabilidad en base a la prevención general es el dado por Jakobs para quien la culpabilidad tiene como único fundamento a la prevención (22). Según Jakobs, citando a Luhmann, las normas son «expectativas de comportamiento contrafacticamente estabilizadas», o sea, que su validez se mantiene con independencia del cumplimiento o no

(20) ROXIN, "Culpabilidad" y "responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídicopenales, en Problemas básicos (cfr. el original alemán en Festschrift für H. Henkel, Berlín 1974, págs. 171-197); ya con anterioridad en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Berlín 1973, pág. 33 (existe traducción de la 1.ª ed. de F. Muñoz Conde, Barcelona 1972).

(21) ROXIN, "Culpabilidad" y "responsabilidad", pág. 211.

(22) Günther JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, páginas 8-9.

cumplimiento fáctico de las mismas (23). La infracción de la Norma ha de ser de tal forma tratada que no se ponga en cuestión su validez, lo que se consigue mediante la *atribución de discrepancia*. Dicha atribución o mejor la estabilización puede conseguirse de diversas formas que van desde la atribución de la infracción a un puro accidente, pasando por la reelaboración como producto de la enfermedad mental (por tanto juicio de inimputabilidad), hasta llegar a la culpabilidad, donde es el autor a quien se atribuye el hecho. Lo importante es que en los tres casos el Ordenamiento jurídico se vea confirmado como tal y se pueda seguir confiando en él (24). En definitiva, el principio de culpabilidad aparece como «derivado de la prevención general» (25), «sólo la finalidad confiere un contenido a la culpabilidad» (26).

Mucho más clarificadoras son algunas aportaciones surgidas de la mano de problemas concretos de la culpabilidad, como el trabajo de Krümpelmann sobre la inimputabilidad o capacidad de culpabilidad (27), y los de Horn y Rudolphi sobre el tratamiento del error de prohibición inevitable (28), en los que con toda evidencia se pone de relieve lo difícil que es aprehender determinados problemas de la culpabilidad con los recursos conceptuales disponibles y lo fácil que es hacer concesiones en este terreno a la idea de prevención para de ese modo eludir aquellos problemas.

En un inteligente estudio sobre la regulación de la enfermedad mental y otras alteraciones psíquicas en el nuevo Código penal alemán (20 y 21) subraya Krümpelmann cómo aquellas alteraciones pueden tener su origen en «anomalías de madurez, debilidad volitiva o anomalías producidas por un desarrollo asocial», con lo que el modelo de culpabilidad elaborado hasta ahora devendría irrealizable. Para eludir este problema podría pensarse —con E. Schmidt— en una persona normal colocada en la situación del autor y suponer con ello que se ha alcanzado la medida de voluntad y fuerza normativa para hacer recaer un juicio de reproche sobre el autor. Se operaría entonces con un «concepto general de culpabilidad social» que no contiene ningún momento de censura *ético-individual*. La punición alcanzaría de esa forma un «Auföpperungscharakter» (29).

El problema se ve con mayor claridad todavía al estudiar los afectos. Las situaciones conflictivas permanentes de donde nacen los afectos se producen en un proceso en el que el dominio sobre

(23) JAKOBS, *Schuld und Prävention*, pág. 10.

(24) JAKOBS, *Schuld u. Prävention*, pág. 13.

(25) JAKOBS, *Schuld u. Prävention*, pág. 14.

(26) JAKOBS, *Schuld u. Prävention*, pág. 14.

(27) Justus KRÜMPELMANN, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969*, ZStW (88) 1976, págs. 6-39.

(28) Eckhard HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlín 1969; Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen 1969.

(29) KRÜMPELMANN, *Schuldfähigkeit*, pág. 33.



la propia voluntad va dejando paso poco a poco al predominio de los impulsos: «La irrupción de los afectos indica... la pérdida de la capacidad de dominio» (30), lo que significa que dichos actos no pueden compararse ya con una acción normalmente motivada. Por tanto, habrá que declarar inculpable no sólo en los estados extremos patológicos sino también en las típicas acciones guiadas por los afectos (por lo menos la cuarta parte de los delitos contra la vida). De ahí se derivan, sin embargo, inconmensurables consecuencias de política criminal. Para evitarlas, podría pensarse en limitar los casos de exculpación mediante un juicio más estricto, considerando la *evitabilidad de la situación conflictiva como tal* (31). Sin embargo, ello significaría una concesión del principio de culpabilidad ante el de prevención general.

Algo parecido ocurre con la inevitabilidad del error de prohibición: ¿Cuándo fue evitable el error de prohibición? Según Horn, conforme a la teoría de la culpabilidad llevada hasta sus últimas consecuencias habría que estimar la no punibilidad (exculpación) sin tener en cuenta la evitabilidad, pues presupuesto mínimo del reproche de culpabilidad es la «simple duda sobre el injusto». Si el autor no ha tenido la más mínima duda sobre la antijuricidad de su comportamiento no se ha podido motivar a actuar de conformidad a Derecho, lo que es básico para la reprochabilidad (32). El problema, en estos casos, es qué hacer con el autor: ¿Imponerle una medida de seguridad o renunciar a cualquier tipo de sanción?

En cuanto a Rudolphi (33), sólo introduciendo la posibilidad de acudir a la *Lebensführungsschuld* se podrá apreciar si en el momento del hecho existió o no ignorancia inevitable de la Norma jurídica. Dicho recurso, sin embargo, está prohibido cuando de una Norma general se trate, pues «el reproche que alcanza al autor de no haberse informado suficientemente con anterioridad en su vida sobre las prohibiciones y mandatos jurídicos no justifica punición alguna» (34). Esta conclusión que favorece al autor que revela el mayor desprecio por el Ordenamiento jurídico sólo puede evitarse imponiendo una medida de seguridad. Algo distinto ocurre, según Rudolphi, cuando se trata de Normas que reglamentan una determinada actividad: En estos casos no habrá inconveniente en acudir a la «*Lebensführungsschuld*» y atribuir al autor el haber omitido informarse sobre las reglas que regulan la actividad que emprendió y como consecuencia de lo cual se ha producido el hecho en error de prohibición. La solución propuesta es la misma, como se recordará, que se ofrecía en los casos de situaciones conflictivas de afectos. Y todo porque la eficacia político-criminal del Derecho penal se pondría en entredicho en estos casos si el autor

(30) KRÜPELMANN, *Schuldfähigkeit*, pág. 25; *Motivation und Handlung in affekt*, Fest.f. Welzle, Berlín 1974, págs. 327-341, pág. 334.

(31) KRÜPELMANN, *Schuldfähigkeit*, pág. 25, nota 75

(32) HORN, *Verbotsirrtum u. Vorwerfbarkeit*, págs. 149-151.

(33) RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, págs. 276-284.

(34) RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pág. 279.

fuese exculpado. Nuevamente pues, la idea de prevención parece condicionar el juicio de reproche de la culpabilidad.

\* \* \*

Stratenwerth nos ha ofrecido recientemente una brillante crítica de los intentos expuestos de reducir, o por lo menos condicionar, el principio de culpabilidad a la idea de prevención general. Preguntándose por el futuro del principio de culpabilidad penal, pasa revista Stratenwerth a las posiciones precedentes que pueden haber puesto en entredicho el mantenimiento del principio básico que sostiene al Derecho penal contemporáneo. Su balance, creo, es una lúcida exposición del significado de política criminal que está llamado a desempeñar aquel principio, como después veremos (35).

Aplicando conceptos de Teoría de la evolución social (Eder, Luhmann, Habermas) a la Historia del Derecho penal, elabora Stratenwert tres grandes fases en la configuración de la pena. En un primer momento, la realización del Derecho penal estaba en manos de la «Sippe» (sociedades arcaicas organizadas). A partir del siglo XII, nace la pena como sanción unida a una culpabilidad ética: el Derecho penal se etiza en una época en que nace un poder político central que dispone sobre la pena. El nacimiento del «mundo moderno» se produce a fines del siglo XVII y se caracteriza por la estricta separación entre el Derecho y la Moral, por lo que el Derecho penal de la Ilustración se ve influido por ideas teleológico-preventivas. Desde el siglo XIX, la pena entendida como culpabilidad se encuentra a la defensiva. «La desaparición del Derecho penal tradicional, clásico, parece sólo una cuestión de tiempo» (36).

En esta situación, es pregunta obligada «cuáles son las funciones que realiza el principio de culpabilidad en nuestra sociedad tras la infracción de Normas penalmente protegidas, y si en qué medida se le puede privar de tal función o sustituir adecuadamente» (37), siempre y cuando seamos conscientes de que todavía sabemos muy poco tanto sobre el rendimiento que puede proporcionar el principio como, lo que es todavía más importante, las posibilidades de enfrentarse al fenómeno de la criminalidad de una forma tanto o más racional como a través de aquel principio.

«El desarrollo actual y las nuevas tendencias se dirigen unánimemente a superar la posición dominante del principio de culpabilidad en su tradicional entendimiento orientado al haber podido actuar de otra manera, al reproche ético. Por todas partes surgen puntos de vista de prevención general lo que significa traer al primer plano el tratamiento de la pena sometida a control racional»

---

(35) *Infra.*

(36) Günther STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg 1977, págs. 5-7.

(37) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 7.

final» (38). Este diagnóstico es válido, nadie puede negarlo; como tampoco pueden ocultarse las «barbaridades» que se han cometido en nombre de la culpabilidad, la retribución, en la historia del Derecho penal. «Pero con ello, como ya se ha puesto de relieve, no se ha decidido todavía la cuestión sobre el futuro del principio de culpabilidad. Muy por el contrario, ha de comprobarse todavía con más precisión si y en qué medida aquél puede ser retrotraído a puntos de vista de prevención o ser sustituido por ellos».

La observación precedente puede confrontarse con las tendencias, ya expuestas, de intentar observar el principio de culpabilidad en la idea de prevención. En efecto, como agudamente denuncia Stratenwerth, del hecho de que sea la idea de finalidad la que permita exculpar en ciertos casos no prueba nada en contra del principio de culpabilidad. Por un lado por lo que se refiere a la prevención general, la idea de Roxin según la cual la exigencia de capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuricidad se basen en que la sociedad no se ve amenazada en esos casos («La pena presupone culpabilidad por razones de prevención general») (39), es evidentemente falsa; pues «si el principio de culpabilidad recibe al menos como correctivo frente a las necesidades de prevención un significado autónomo, no puede retrotraerse a las necesidades de prevención, sino que debe apoyarse en conexiones sustanciales» (40). En suma, si el Derecho penal exculpa en casos de alteraciones psicológicas graves (Triebtäter) o en definitiva, por una razón de prevención general sino por razones *sustanciales* del principio de culpabilidad mismo.

Lo mismo puede decirse, con Stratenwerth, del intento de fundamentar la exigencia de la culpabilidad en base a la prevención especial: según Roxin, la prevención especial en el caso del autor no culpable es innecesaria o (caso del enfermo mental) inalcanzable por medio de la pena. El argumento de Stratenwerth es el siguiente: Puesto que sin lugar a dudas por prevención especial también se entiende la seguridad de la colectividad frente al autor peligroso (el terrorista que ignora las leyes de la sociedad que quiere destruir y el enfermo mental agresivo manifiestan un alto índice de peligrosidad); y si, pese a ello, no parece adecuada la aplicación de una pena a estos casos de falta de culpabilidad, no será porque la prevención especial no lo aconseje, sino por razones que residen en el propio principio de culpabilidad (41).

El principio de culpabilidad mantiene, por tanto, su propia autonomía y no puede ser sustituido por la idea de prevención. La relación entre ambos ha de llevarse a cabo de otra forma, para poder ponderar adecuadamente sus posibles influencias mutuas. La salida del dilema: ¿Culpabilidad o prevención? pasa por el análisis de la

(38) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 28.

(39) *Supra*.

(40) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 30 y 31.

(41) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 35-36.

auténtica influencia de la idea de prevención sobre el Derecho penal. Sólo de esa forma se podrán obtener criterios con los que poder criticar el principio de culpabilidad (42).

La clave, para Stratenwerth, está en diferenciar entre la medición de la culpabilidad en base a criterios culpabilistas y otra basada en puntos de vista de prevención (generalización), pues si bien es cierto que a todo juicio de culpabilidad subyace un momento de generalización («poder haber actuado de otra manera») es porque no es posible comprobar el ámbito individual de libertad, y no por razones de prevención general (43). Por otra parte, no cabe duda de que la timidez de la jurisprudencia en extender demasiado el ámbito de la exculpación obedece a razones de prevención.

La insistencia de hacer influir la prevención sobre la culpabilidad tiene su razón de ser en la aceptación de que la Dogmática ha alcanzado un techo en el que intrasistemáticamente no puede aclarar las limitaciones del principio de culpabilidad (imputabilidad y error de prohibición). La apelación de Rudolphi al concepto de «Lebensführungsschuld» obedece a una razón estricta de política criminal, no dogmática, pues «una legitimación real para la imposición o agravación de la pena no es suministrada en verdad por el hallazgo de la «Lebensführungsschuld» (44). El camino a seguir deberá ser uno distinto al de la confusión entre la culpabilidad y la prevención (45).

El diagnóstico de Stratenwerth sobre el futuro del principio de culpabilidad es el siguiente (46): 1.º Mientras que se siga acudiendo a la pena como instrumento de reacción frente al comportamiento desviado, quizá cada vez con menos frecuencia, permanecerá intacto el principio de culpabilidad aunque cambie, como ha cambiado, su significado (la culpabilidad no será más metafísica sino mecanismo de solución de conflictos); 2.º La relación prevención-culpabilidad no puede ser entendida como inalterable, como muestra la tendencia a una disminución cuantitativa y cualitativa de la reacción penal, en la que también a veces es la idea de prevención la que cede el paso a la de culpabilidad (como ocurre en los casos de ampliación de la inimputabilidad o reconocimiento del error de prohibición); 3.º La necesidad de sancionar no es una constante para la generalidad; por el contrario, cada vez se ve más la necesidad de reaccionar frente al delito de manera distinta a las medidas retributivas, lo que trasciende también al carácter de las sanciones penales (primacía de la resocialización); 4.º Si, como se dijo al principio, es característica de la modernidad la regulación de conflictos conforme a fines racionalmente supervisables, el acento ha de recaer sobre la *racionalidad del medio*. Y lo que no es

(42) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 42-43.

(43) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 42. . .

(44) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 44.

(45) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 44.

(46) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 46-49.

precisamente racional es entender la lucha contra la criminalidad como una especie de «social engineering» cuya única meta sea la disminución del delito. Al contrario, «debe pensarse en intentar tomar en cuenta de forma tan abierta e imparcial como sea posible el nacimiento de los conflictos que se manifiestan en la lesión de Normas de comportamiento social y sobre todo la forma y manera como reacciona la sociedad frente a tales lesiones».

\* \* \*

Dornseifer (47) ha continuado una tradición iniciada por Adolf Merkel, para quien la finalidad del Derecho penal es un «Einüben in Rechtstreue». La pena tendrá pues un significado de «efecto estabilizador del comportamiento». «La conexión de consecuencias perjudiciales con la lesión de una determinada regla de comportamiento robustece por lo general la fuerza psicológica, especialmente en la medida en que esta conexión no se siga arbitraria y esporádicamente sino según un orden fijo y, por así decir, conforme a leyes» (48). La pena es para Merkel prevención y retribución. La medida de la pena la dará su finalidad, bajo la condición del mínimo daño para el afectado y presuponiendo que el hecho le puede ser atribuido a su autor. Por este camino se llega también a la síntesis culpabilidad-prevención: «La estabilización de la confianza en las Normas y el concepto de culpabilidad son interdependientes. La fijación al concepto de responsabilidad pertenece a la determinación general final».

En base a la Filosofía interaccionista de G. H. Mead y E. Goffman, ha ensayado Dornseifer proporcionar una victoria «post-mortem» al principio de culpabilidad. La atribución de culpabilidad es una solución formalizada de conflictos para obtener la estabilidad de determinados modelos de comportamiento. Función del principio de culpabilidad es confirmar un proyecto de apertura del hombre en la planificación de su vida, de tal forma que se le pueda reprochar un comportamiento desviado cuando éste no pueda ser atribuido ni al azar ni a enfermedad. La atribución personal es posible porque se basa en un consenso general (que satisface a la prevención general) (49). Por eso, y porque la estigmatización de «enfermo» puede ser más gravosa para el afectado que la pena va a resolver fácilmente Dornseifer el difícil problema del límite entre la enfermedad y la normalidad; en la duda habrá que decidirse por la normalidad y atribuir la culpabilidad. De esa forma el autor será respetado como persona y las expectativas de la generalidad se verán robustecidas. Condición para que así ocurra será que la pena no se entienda como un «mal» sino como la censura de una

(47) Gerhard DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik: Adolf Merkel. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlín: 1979, págs. 104-118.

(48) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, pág. 108.

(49) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, pág. 115.

sociedad humana en la que está firmemente arraigada la idea de dignidad del hombre (50).

Dornseifer (51) quiere ver una contradicción en el argumento de Stratenwerth, pues, si como éste reconoce, todo juicio sobre la culpabilidad contiene un momento de generalización como presupuesto de que el autor pudo haber actuado de otra manera (como habría actuado en su lugar), no se comprende que reproche a los defensores de un concepto de la culpabilidad orientado a la prevención general que renuncien a una configuración absolutamente individualizada del principio de culpabilidad.

En defensa de Stratenwerth, hay que decir que es precisamente la individualización postulada la que salvará al hombre, pues aunque Dornseifer no «lo quiera» son razones de Psicología social —llámese necesidad de retribución, llámese prevención general— las que todavía hoy sustentan al Derecho penal (52). Dornseifer, parte de una situación ideal, inexistente, en donde la pena tiene como *fin en sí mismo* la estabilidad del Ordenamiento jurídico. Su posición, por paradójico que parezca, es *metafísica*. Yo me pregunto: ¿Si se diesen las condiciones requeridas para que el principio de culpabilidad pudiera realizar la función que Dornseifer le atribuye, sería necesaria la pena?

\* \* \*

La historia de la pena es la historia de una confusión entre *Praxis* y *Empiria*, conceptos que en Kant y Hegel, sobre todo el primero, están perfectamente diferenciados. La idea de fines de la pena, ya desde Feuerbach, se emplea como *fórmula mágica* que no sólo va a servir para justificarla sino que además pretende asegurar un rendimiento *efectivo* en la lucha contra la criminalidad. Si la pena logra el efecto propuesto, sea éste atemorizar al delincuente potencial (prevención general) sea resocializarlo (prevención especial), el delito desaparecerá. Por el contrario, una concepción de la pena que no responda a esa idea de Finalidad, que no vea en la misma su fundamento, no tiene cabida en la sociedad moderna y es pura metafísica (sin necesidad de detenerse a analizar que detrás de ello puede haber un fundamento radicalmente práctico).

En efecto, en Kant el Estado no es pura metafísica. Ahora bien, tampoco es pura empiria, como Hobbes pudo entender el contrato social. Como ha dicho Manfred Riedel, Kant no concibe el contrato social como *factum* sino como *Norma*, por lo que aquél es media de la Sociedad civil en su manifestación histórica (53). La

(50) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, págs. 116-117.

(51) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, pág. 117.

(52) Cfr. mi trabajo *La definición de "criminalidad"* (*Competencias del Derecho penal y de las Ciencias sociales*), Cuadernos de Política criminal (CPCr) 1980 (en prensa), "I. Introducción".

(53) RIEDEL, *Herrschaft und Gesellschaft. Zum Legitimationsproblem des Politischen in der Philosophie*, en Zwi Batscha (ed.) *Materiaalien zu Kants Rechtsphilosophie*, Frankfurt 1976, págs. 125-148 (antes

«Constitución burguesa es un apriori, la idea de voluntad colectiva, que, por tanto, no es efecto del pacto social sino que, al contrario, es éste su efecto. Lo fascinante en Kant es su concepción normativo-práctica del Estado y sus Instituciones (la pena): «La Constitución burguesa no es arbitraria, sino necesaria para la seguridad de los demás y de conformidad a Derecho. Tampoco es la Sociedad la causa de ese estado, sino el efecto. El fundamento práctico soberano del Derecho hace una Sociedad» (54). Hegel, por su parte, diferenciando precisamente *Praxis* y *Empiria*, procede a su superación integrándolas: «La subsistencia y el bienestar del individuo y su destino jurídico están enraizados en el bienestar y el Derecho de todos, en ellos fundamentados y sólo en esta conexión realizados y asegurados» (§ 183 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*) (55). Y en el parágrafo 187: «Los individuos, como ciudadanos de este Estado, son *personas privadas* que tienen como finalidad sus propios intereses». Como ha puesto de relieve Riedel (56), «la finalidad del interés particular de estos ciudadanos privados se toca, sin embargo, con la conexión interior de la finalidad de los intereses de todos, por lo que solamente puede alcanzarse si la persona determina su querer y hacer de aquella "forma general", se confronta como tal con la conexión de intereses, "la sociedad", y por su parte, como dice Hegel, se hace un *eslabón* de la cadena que es esta *conexión*».

\* \* \*

Bajo la «consigna» «rehabilitación de la Filosofía práctica», se han dado cuenta los filósofos europeos del eminente significado práctico de las *Críticas* de Emanuel Kant. Ni Kant ni Hegel especulan por especular. Al contrario, son muy conscientes de la sociedad en que viven y de la sociedad que están configurando para el futuro. No creo que haya otro extremo de la Filosofía de Kant que haya sido tan mal entendido como su teoría de la pena. En Derecho penal (un capítulo de la Filosofía práctica) no puede hablarse de *rehabilitación*, mejor habría que pensar en un «desagravio». A esta finalidad, nada será mejor que redescubrirlo, pues los «signos de los tiempos» no sólo han mantenido la validez de su filosofía penal, sino que además aparece como única salida del «callejón» en que la Teoría de los fines de la pena hoy se encuentra.

En la Filosofía moral de Kant, la razón pura (independiente de las condiciones naturales del hombre) se transforma en razón prác-

---

publicado en Manfred Riedel (ed.) *Rehabilitierung der Praktischen Philosophie II*, Freiburg 1974, págs. 235-258), pág. 137.

(54) E. KANT, *Schriften*, Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlín 1902 y siguientes, tomo VI, pág. 232 (Einleitung in die Rechtslehre, § E).

(55) Cfr. RIEDEL, *Hegels "Bürgerliche Gesellschaft" und das Problem Ihres geschichtlichen Ursprung*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (48) 1962, págs. 539-566, pág. 559.

(56) RIEDEL, *Hegels "Bürgerliche Gesellschaft"*, pág. 559.

tica mediante la aplicación de los principios de la razón sobre las condiciones del destino humano: Existe una primera Ley que determina objetivamente, como necesaria, qué acción debe producirse, Ley que determina la conversión de la acción en deber; y un impulso que conecta la autodeterminación subjetiva con la representación de aquella acción (57). El hombre utiliza la razón pura para aprehender la realidad empírica y autolegislarse. Razón pura es, por tanto, impensable sin *Experiencia*. La experiencia de la razón práctica, por su parte, consiste en el conocimiento de que el hombre ni por naturaleza ni por necesidad está predeterminado a obedecer la Ley moral. En suma: «La Ley objetiva debe poder ser aplicada a la subjetividad de situaciones típicas humanas» (58). Esta es precisamente la relación que une al Derecho natural con el Derecho positivo (59). «Existe un concepto general de Derecho, construido de forma analógica, que representa a diversos hombres que se desarrollan en movimiento y acción libres y que deben ser obligados por la Ley de su armonización. De tal forma, se llega a la determinación del Derecho general como libertad acorde con la libertad de los demás conforme a Ley. En esta conexión, aparece la coacción como concepto ajeno, en principio, al concepto de Derecho general» (60).

Frente a esta posición, ya conocemos la de Feuerbach: negar la deducción de la Ley jurídica de la Ley moral. La Ley jurídica puede ordenar algo inmoral. Por tanto, será la coacción la que atribuya carácter a lo jurídico. «El Derecho es la posibilidad de coacción determinada por la razón, o una autorización de la coacción determinada racionalmente por voluntad de la Moralidad» (61). Por otra parte, es cierto que el hombre como ser racional puede aprehender determinados deberes, pero de ahí no puede ser derivado el Derecho. Eso sólo puede ocurrir «si también en concreto tiene el hombre esta obligación. El hombre en concreto sólo tiene la obligación que realmente reconoce como tal» (62).

En la «Antrittsvorlesung» de 1804, analiza Feuerbach la relación Derecho racional-Experiencia. La salida a la tensión entre estos dos polos está en su síntesis: Lo que es simple Ley natural ha de positivizarse, y ello, a través de la experiencia. Como ha concluido Kaulbach, «Kant aboga por el espíritu de la Ley al que hace jugar contra su letra; Feuerbach habla de una conversión del espíritu en le-

---

(57) Cfr. Friedrich KAULBACH, *Naturrecht und Erfahrungsbegriff im Zeichen der Anwendung der kantischen Rechtsphilosophie; dargestellt an der Thesen P. J. A. Feuerbach*, págs. 193-205 (antes publicado en M. Riedel (ed.) *Rehabilitierung I*, Freiburg 1972, págs. 297-309), págs. 193-194.

(58) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, págs. 195-196.

(59) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 196.

(60) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 197.

(61) FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona 1796 (cfr. KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 198).

(62) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 199.



tra» (63). Para Feuerbach, no basta con el reconocimiento interior, es necesaria la institucionalización para asegurar la confianza en el funcionamiento del Derecho.

\* \* \*

El error fundamental de Feuerbach está en confundir dos funciones distintas del Derecho: la determinación racional de lo justo y la aplicación del Derecho justo (positivo y no positivo) a la «empiria» (64). Por eso, no puede ser útil Feuerbach para una política criminal de envergadura tal como se necesita hoy en día, cuando se ha comprobado que no basta con una política criminal encaminada a hacer desaparecer el delito «de la faz de la tierra»; que es más importante la identificación del ciudadano con sus leyes (primera función del Derecho penal), pues en su consecución está la posibilidad de superación del Derecho penal como Derecho necesariamente represivo (65).

Por eso insiste tanto Kant en el *imperativo categórico*, porque es consciente de que sólo a su través (¡y no con la pena!) puede alcanzarse una superación moral individual y colectiva; y Hegel, el máximo exponente de la superación del hombre a través de la Sociedad. Lo que obsesiona a Kant son los abusos del poder político a que puede llevar una radicalización de las posiciones de Feuerbach: «Se trata más de los Derechos del hombre que del orden (y la tranquilidad). Se puede fundar un gran orden y tranquilidad mediante opresión general...» (66).

La pena no es para Kant pura retribución metafísica, es la *pena justa*, no manipulable finalmente, que se impone a una persona que se presupone libre (por elemental respeto a la dignidad humana) cuando la sociedad no puede prescindir de la pena. Si la sociedad estuviese en condiciones de prescindir de la pena, por no ser ésta necesaria para asegurar la convivencia, no «tendría inconveniente» Kant en renunciar a la misma. *Lo inexorable en Kant no es que la pena deba seguir inmediatamente a la lesión del Derecho (perspectiva empírica); el respeto al Derecho justo, positivo y no positivo, no la pena, es el imperativo categórico en Kant.*

\* \* \*

(63) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 203. Cfr. FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, reeditado en FEUERBACH/MITTERMAIER, *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Zwei methodische Schriften* (con una introducción de K. Lüderssen), Frankfurt 1969, págs. 59-100.

(64) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "II. El origen de la polémica sobre la relación Criminología-Derecho penal"; "IV. La Criminología como crítica del Derecho penal (*in fine*: g.)" y "V. Justificación del Derecho penal (2)".

(65) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "V. Justificación del Derecho penal".

(66) KANT, en Kant-Ausgabe der Preussischen Akademie der Wissenschaften, tomo XV, pág. 612, núm. 1401 (recogido en Batscha, *Kants Rechtsphilosophie. Auswahl aus den Reflexionen, Vorarbeiten und Briefen Kants*, pág. 38).

Creemos interpretar correctamente a Stratenwerth en su afán de separar política criminal y Derecho penal. En esta ocasión no se trata de responder contundentemente a la pregunta sobre la extensión del juicio de culpabilidad a casos (error de prohibición inevitable, inimputabilidad) en los que razones de prevención general hacen temer una ampliación excesiva de la exculpación: puesto que no se dan los presupuestos dogmáticos de la culpabilidad, habrá que absolver, y si la sociedad se resiste ante ello, tanto peor para ésta. No, ese planteamiento no conduciría a ningún lugar. Y, por supuesto, tampoco es válido aceptar sin más, no exculpando, que razones de prevención general «coloreen» («¿Qué queda de él?») el principio de culpabilidad.

Sin duda, todavía nos falta mucho por saber sobre el principio de culpabilidad, la idea de prevención general y los problemas a que aluden estas cuestiones conflictivas del juicio de culpabilidad. Ahora bien, si la política criminal ha de servir para algo, es para canalizar la prevención general, para indicar sobre cuál de los múltiples aspectos de la «lucha contra el delito» ha de recaer en cada caso el acento. Dicho de otra forma: Es posible que en algún momento nos demos cuenta de que en estos casos conflictivos lo justo es exculpar. Entonces, habrá que proyectar la idea de prevención general no sobre el principio de culpabilidad sino sobre la sociedad, que tendrá que aceptar el hecho de exculpación. Evidentemente, eso comporta un riesgo de desestabilización (por las mismas razones que hoy han llevado a algunos autores a ampliar la culpabilidad a supuestos dudosos). Ciertamente, dependerá de muchos factores (evolución social) que llegado ese momento acepte la sociedad tal solución dogmática pero, a mi manera de ver, el Derecho penal como totalidad podrá jugar un papel fundamental en esta cuestión: como veíamos, no se trata tanto de hacer desaparecer el delito de nuestra sociedad como de conseguir que la infracción de la Ley que aquél supone no determine la pérdida de la credibilidad en el Derecho. Sin duda, dicha pérdida es mayor cuando la infracción procede de quien personalmente había estado en condiciones de evitarla que cuando no existe esa instancia subjetiva a la que atribuirle. Pero, ¿por qué es menor la pérdida de credibilidad en el Derecho en estos casos? ¡No porque haya una razón de prevención general como ésta se ha entendido hasta ahora! Muy por el contrario, sólo partiendo de la base de que el Derecho penal lo que preferentemente persigue es la cohesión social (67), podrá comprenderse y aceptarse la exculpación de los casos aludidos. Si una sociedad tiene a su Derecho penal como propio, como factor de cohesión social, no se verá afectada, al contrario, por la exculpación en estos casos. Y es que una buena Dogmática puede ser en ocasiones la mejor política criminal.

---

(67) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "I. Introducción"; "V. Justificación del Derecho penal".