





Los fines del Derecho penal

Una aproximación
desde la filosofía política



RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Los fines del Derecho penal
Una aproximación
desde la filosofía política

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

ISBN 958-616-873-5

ISBN 978-958-710-486-8 E-BOOK

© **RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, 2004**

© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2004**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Tel. (57 1) 342 0288

www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2004

Ilustración de portada: *El tributo de la moneda*, por Masaccio, c. 1428,
Capilla Brancacci de la Iglesia de Santa María del Carmine (Florencia, Italia)

Composición, encuadernación e impresión: Departamento de Publicaciones,
Universidad Externado de Colombia, con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector

Fernando Hinestrosa

Secretario General

Hernando Parra Nieto

COLECCIÓN DE ESTUDIOS N.º 30

Serie orientada por

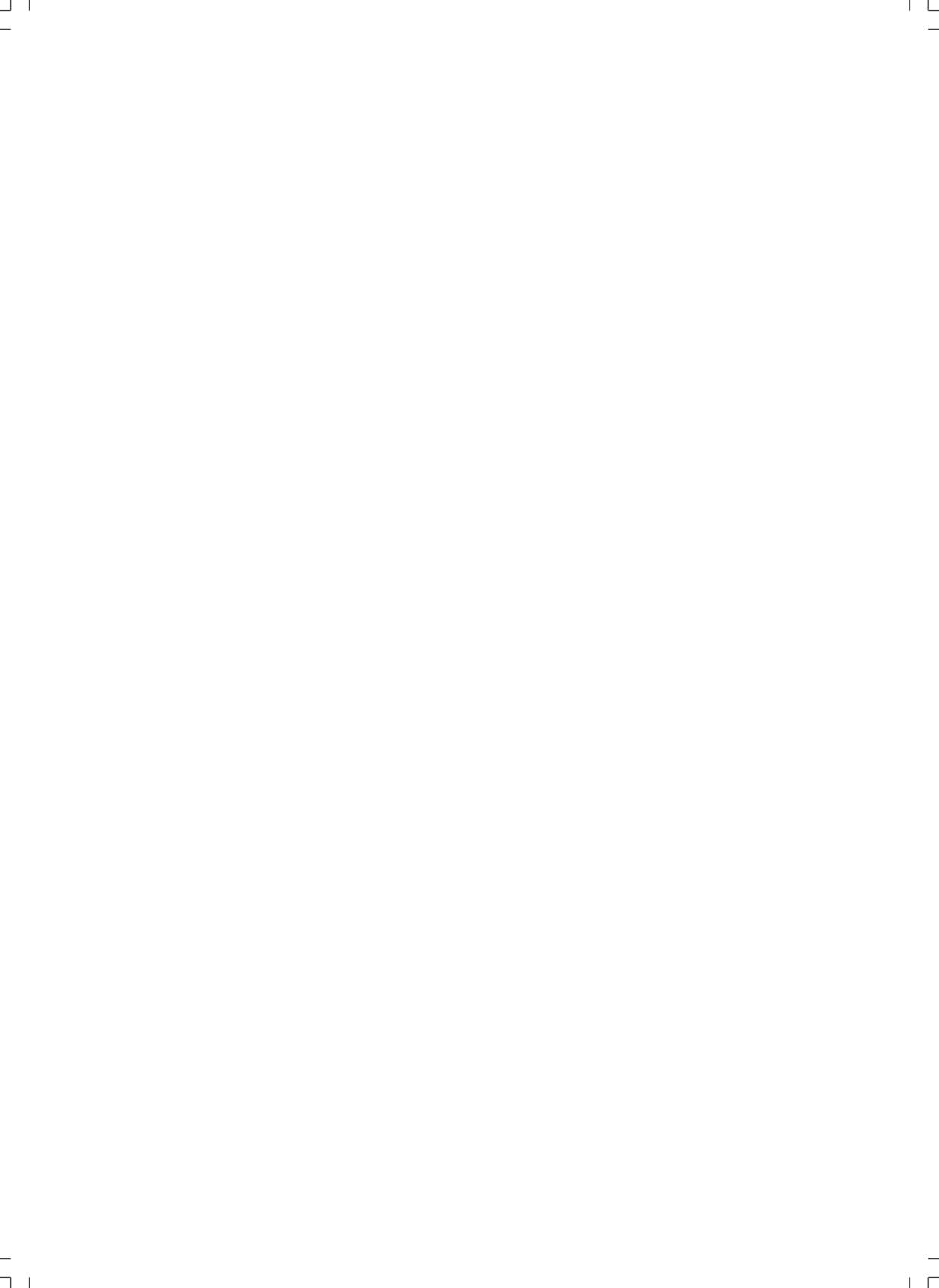
Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho



*A Enrique Gimbernat,
mi maestro*



CONTENIDO

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
CAPÍTULO PRIMERO	
DOS MODELOS DE DERECHO PENAL: PROTECCIÓN BIENES JURÍDICOS VS. PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	19
I. Modelos genéricos de protección y fines del Derecho penal	19
II. Fines del Derecho penal y fines de la pena	21
III. Función directiva de conductas vs. estabilización social	25
CAPÍTULO SEGUNDO	
LOS FINES DEL DERECHO PENAL	31
I. Las teorías de la prevención general	31
A. Introducción	31
B. Criterios de legitimación	33
1. <i>Legitimación instrumental</i>	34
2. <i>Legitimación valorativa</i>	48
C. Las teorías de la prevención general positiva	52
1. <i>La misión ético-social</i>	52
2. <i>El fin de integración social</i>	53
3. <i>La protección de la vigencia de la norma</i>	86
D. La prevención general negativa	135
II. Bases de una teoría liberal del Derecho penal	152
A. Liberalismo vs. comunitarismo	152
1. <i>Introducción</i>	152
2. <i>Liberalismo político frente a comunitarismo</i>	154
a. La concepción liberal. Autonomía privada y autonomía pública. El contrato social	154

b. El concepto de persona	167
c. Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad	184
B. Los fines del Derecho penal desde el liberalismo político	195
1. <i>Presupuestos de un Derecho penal liberal. Consideraciones críticas sobre las teorías de la prevención general</i>	195
2. <i>Prevención y garantías. Soluciones de síntesis, soluciones de conflicto y el doble fin del Derecho penal</i>	206
3. <i>Los fines del Derecho penal. Toma de postura</i>	238
a. Fundamentación de las normas penales	238
b. El concepto de persona como destinatario de las normas	249
c. Razones para el respeto de las normas y el problema de la estabilidad	261
d. El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas	269
e. Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas	281
BIBLIOGRAFÍA	287

ABREVIATURAS

<i>ADPCP</i>	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
<i>AFD</i>	<i>Anuario de Filosofía del Derecho</i>
<i>ARSP</i>	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
<i>AT</i>	<i>Allgemeiner Teil (Parte General)</i>
<i>CPC</i>	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
<i>Doxa</i>	<i>Doxa. Revista de Filosofía</i>
<i>Dstr</i>	<i>Deutsches Strafrecht, Neue Folge</i>
<i>FS</i>	<i>Festschrift</i>
<i>GA</i>	<i>Goldtdammer's Archiv für Strafrecht</i>
<i>GS</i>	<i>Gedächtnis-Schrift</i>
<i>JA</i>	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
<i>JR</i>	<i>Juristische Rundschau</i>
<i>Jura</i>	<i>Juristische Ausbildung</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i>
<i>KrimJ</i>	<i>Kriminologisches Journal</i>
<i>LK</i>	<i>Leipziger Kommentar</i>
<i>LL</i>	<i>La Ley</i>
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
<i>M SchrKrim</i>	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform</i>
<i>NDP</i>	<i>Nueva Doctrina Penal</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue juristische Wochenschrift</i>
<i>NSZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>PJ</i>	<i>Poder Judicial</i>
<i>REDUC</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
<i>SK</i>	<i>Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>StGB</i>	<i>Strafgesetzbuch</i>
<i>ZRP</i>	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
<i>ZStW</i>	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>



PRÓLOGO

A tenor de las implicaciones éticas y filosóficas que el instrumento público de la pena conlleva, la discusión sobre la justificación del castigo obliga al jurista a adentrarse en ámbitos de conocimiento que trascienden el marco propio de la dogmática jurídico-penal, ámbitos que van desde la filosofía a la sociología, pasando por la psicología o la ética. Ello no es, ciertamente, algo novedoso en la discusión sobre la pena: baste citar las despedidas y bienvenidas a KANT y HEGEL, o la ya clásica introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal, para cuyo estudio en la actualidad resulta obligado un mínimo contacto con autores como FREUD o LUHMANN. Más genéricamente, es indudable que los diferentes fines que se han venido atribuyendo al castigo por parte de la doctrina adquieren su origen y justificación en determinados postulados filosófico-políticos. Ello no puede extrañar a quien esté familiarizado con los términos del debate. El castigo penal, dada su terrible incidencia en las libertades básicas del ciudadano, es el más contundente de cuantos medios dispone el Estado para regular y organizar las relaciones sociales. Esa particularidad de la sanción penal obliga, en primer lugar, a un especial detenimiento en lo tocante a su legitimación desde parámetros ético-políticos: dicho todavía muy genéricamente, la producción de un mal de tal calibre sólo podrá justificarse si ello revierte en un bien mayor. En segundo lugar, será imprescindible, para una discusión sobre la materia consecuente con sus implicaciones políticas, poner de manifiesto y asumir la íntima relación existente entre el modelo de Estado y la concepción sobre el fundamento y fin del *ius puniendi*.

Son esas razones las que me han llevado a intentar enfocar el estudio sobre los fines del Derecho penal desde el actual marco de discusión de la filosofía política, intentando reconducir los presupuestos de las diversas concepciones del *ius puniendi* a la oposición entre las doctrinas del *liberalismo* y el *comunitarismo*. Esa oposición, que puede en sus orígenes reconducirse al binomio KANT-HEGEL, respectivamente, viene a enfrentar dos formas hasta cierto punto irreconciliables de concebir la justificación y labor del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos, así como las exigencias que debe cumplir una sociedad para aspirar a un grado razonable de estabilidad. A partir de estos dos prismas capitales, la discusión incidirá en cuestiones de tan hondo calado en el Derecho penal como son las relaciones entre Derecho y moral, las tensiones entre el individuo y el colectivo, la concepción de la persona como destinatario de las normas, así como, en suma, el trato que el Estado debe dispensar a ésta y la propia justificación del Derecho penal en la sociedad. Si esta perspectiva de análisis de los fines del Derecho penal, no tan novedosa como pudiera parecer, es en algún modo fructífera, debe quedar al juicio del lector. De cualquier modo, considero que cabe hablar de un Derecho penal liberal y de un Derecho penal comunitarista, y que esa caracterización puede servir, al menos, para arrojar alguna luz sobre las relaciones entre los discursos legitimatorios del *ius puniendi* y sus respectivos ascendentes ideológicos. En cualquier caso, la adopción de dicha perspectiva en la tradicional discusión sobre los fines de la pena no vendrá a modificar los referentes clásicos de la misma; así, el estudio seguirá la senda habitual del debate, ordenándose en torno a la prevención general negativa y positiva, en lo que a las *teorías de la pena* se refiere, al conflictivo binomio *culpabilidad-prevención*, así como a los *fines del Derecho penal*.

Constituye una gran satisfacción para quien esto escribe poder presentar esta obra ante el lector colombiano, entrando así a participar en el foro de discusión de uno de los países de habla

hispana en los que mayor desarrollo ha alcanzado la ciencia del Derecho penal. Desde la distancia, la impresión que surge, y que creo correcta, es que ese desarrollo ha sido en gran medida impulsado por la Universidad Externado de Colombia, cuya editorial viene realizando una formidable labor de difusión de las obras de los más destacados representantes de la dogmática jurídico-penal, y cuyas famosas Jornadas Internacionales de Derecho Penal, que alcanzan ya la vigesimoquinta edición, son ejemplo a imitar en lo que de acicate tienen de esa discusión. Por ello, es además un gran honor para mí que el presente trabajo pase a formar parte de su catálogo de publicaciones. En este sentido, debo agradecer en primer lugar a MANUEL CANCIO que me haya propuesto y empujado a publicar en tan prestigiosa editorial, y, en segundo lugar, a EDUARDO MONTEALEGRE, por la entusiasta recepción de dicha posibilidad.

Madrid, 4 de julio de 2003



CAPÍTULO PRIMERO
DOS MODELOS DE DERECHO PENAL:
PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS VS. PROTECCIÓN
DE LA VIGENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. MODELOS GENÉRICOS DE PROTECCIÓN Y FINES DEL DERECHO PENAL

No es puesto en duda por ningún sector doctrinal que el Derecho penal persigue un fin genérico de *protección*, si bien en lo que ya no existe consenso es en la cuestión de qué es lo que ha de ser protegido. Dos son las alternativas que dan respuesta a esa cuestión: protección de bienes jurídicos o protección (de la vigencia) del ordenamiento jurídico; modelos del *ius puniendi* que, en cualquier caso, representan sólo una aproximación muy genérica a la caracterización de los fines concretos del Derecho penal, por lo que deben hacerse algunas consideraciones previas, en aras de concretar la razones y los contornos de dicha dualidad.

Por un lado, sabido es que la práctica totalidad de la doctrina atribuye al Derecho penal el fin de protección de bienes jurídicos, por lo que parecería superfluo operar con dicha oposición. No obstante, sabido es también que un creciente sector doctrinal persigue ese fin precisamente a través de la protección *inmediata* del ordenamiento jurídico, operando como medio para el fin ulterior de protección de bienes jurídicos y, no obstante, elevándose a fin mismo, si bien intermedio, del mismo, y que otro sector doctrinal, cada vez más en auge, prescinde totalmente del fin de protección de bienes jurídicos.

En segundo lugar, el modelo de la protección del ordenamiento jurídico responde a una determinada concepción material de la labor que debe cumplir el Derecho penal, por lo que su razón de ser atiende a presupuestos valorativos de legitimación. No obstante, dado ese carácter genérico, no explicita todavía cómo ha de ser llevado a cabo dicho fin de protección, cuáles son los efectos concretos que se predicán de los medios que el Derecho penal tiene a su disposición –norma y sanción– para llevar el mismo a cabo. En este sentido, debe resaltarse que la teoría de la prevención general positiva, que viene a ser el trasunto del modelo de la protección del ordenamiento jurídico, no es un fin unitario, sino que dentro de la misma pueden encontrarse diferentes comprensiones materiales, inferidas, a su vez, de diversas concepciones filosófico-políticas. Por ello, la concreción del propio fin genérico de la protección de la vigencia del ordenamiento dependerá de cómo se conciba ese ordenamiento –si, por ejemplo, como la expresión de los valores ético-sociales de la comunidad social o como un conjunto de expectativas normativas de seguridad– por las diferentes concepciones. Y es dado ese hecho por lo que la oposición genérica de ambos modelos no podrá servir para sentar las bases de la discusión relativa a la legitimación ideológica e instrumental de los fines de la pena, sino que para ello la discusión habrá de orientarse en torno a las concretas teorías de la prevención, desgranando en sus diferentes versiones la de la prevención general positiva. No obstante, entre todas estas versiones se dan también una serie de características comunes que permiten agruparlas bajo esa rúbrica de la “protección de la vigencia del ordenamiento” y distinguirlas, a su vez, del modelo de protección de bienes jurídicos. Y ello en especial porque una primera coincidencia mínima es precisamente el que todas esas versiones sitúan en un segundo nivel o directamente rechazan el fin de protección de bienes jurídicos.

Pero no es sólo esta característica citada la que permite agrupar las diferentes teorías de la prevención general positiva bajo un mode-

lo unitario. Antes de entrar a destacar sus diferencias conviene, a modo introductorio, plantear esas similitudes.

II. FINES DEL DERECHO PENAL Y FINES DE LA PENA

Es indudable que cuando se plantea la misión que desempeña en la sociedad el Derecho penal, el primer objeto de análisis que tiende a establecerse es la pena. La sanción penal, caracterizada por su contundencia frente a otros medios de organización social u otro tipo de sanciones jurídicas, es, en buena medida, la carta de presentación del Derecho penal, así como su factor diferenciador esencial frente a otras instancias de control. Además, la restricción coactiva de derechos esenciales que la pena conlleva rodea a su discusión de cuestiones de índole valorativa, atinentes a la justificación ética de dicha práctica social¹. En consecuencia, la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal².

No obstante, en la discusión científica tienden a distinguirse los fines de la pena de los fines del Derecho penal, estableciéndose en una ordenación jerárquica de medios a fines. Así, expresándolo genéricamente y siguiendo a la mayoría de la doctrina, puede decirse que el fin de la pena es la prevención de acciones, pero este fin sólo es, a su vez, medio para un fin ulterior, el del Derecho penal, consistente en la protección de bienes jurídicos.

¹ Ello ha motivado que el castigo haya sido siempre objeto de estudio, no sólo desde el Derecho penal, sino asimismo desde la filosofía del derecho y la ética. Como ejemplo pueden verse, entre otras, las obras de RAWLS. *Two concepts of rules*; TEN. *Crimen y castigo*; BETEGÓN. *La justificación del castigo*; o el capítulo cuarto: "Das Problem staatlichen Strafens", de HOERSTER (comp.). *Recht und Moral*.

² Cfr., por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos*, p. 59: "No en vano se ha repetido hasta la saciedad que "el problema" del Derecho penal todo, en el fondo, comienza y se agota en el fundamento y fin de la pena", citando ulteriores referencias.

En cualquier caso, con la introducción en el debate de las teorías de la prevención general positiva, dicha diferenciación jerárquica entre fines de la pena y fines del Derecho penal tiende a diluirse. En los planteamientos doctrinales sobre estas teorías surge la duda de si cuando se habla de prevención general-positiva estamos ante un fin de la pena, medio para el fin ulterior del Derecho penal; o si, en cambio, nos hallamos ante un fin del Derecho penal en sí mismo. De una parte, significativos defensores de dicho fin de la pena lo reconducen a fin único del Derecho penal³, abandonando completamente el de la protección de bienes jurídicos. Pero cierto es también, de otra, que no menos significativos partidarios de las mismas la configuran dirigida al fin ulterior –y, por tanto, como medio– de la protección de bienes jurídicos. Así, es sabido que el propio WELZEL⁴ era de la opinión de que sólo la protección de los valores ético-sociales de la actitud interna, si bien es fin primordial del Derecho penal, podía ejercer adecuadamente el fin de protección de bienes jurídicos. E intérpretes del primero, como ROXIN o HASSEMER⁵, han puesto de manifiesto que la protección de los valores de la actitud jurídica no puede situarse como fin anterior (WELZEL) o de igual rango (JESCHECK⁶) que la protección de los bienes jurídicos, sino que ha de servir únicamente a esta misión. A pesar de todo, cuando se procede a su estudio, en no pocas ocasiones la prevención general positiva se hace equivaler con los fines del Derecho penal, antes que con (o junto a) los fines de la pena⁷.

³ JAKOBS, por ejemplo. Cfr. JAKOBS. *AT* 1/1 y ss. y 2/22 para una crítica a la protección de bienes jurídicos. También sus discípulos: cfr. por todos, claramente, LESCH. *Das Problem*, p. 249: “la misión del Derecho penal se rige por la función de la pena”.

⁴ *StR*, p. 3.

⁵ ROXIN, *AT* 2/35 y 36; HASSEMER. *Theorie*, pp. 87 y ss.; HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción*, pp. 101 y 102.

⁶ JESCHECK. *PG*, pp. 6 y 7.

⁷ Además de la ya citada postura de JAKOBS, puede citarse al propio HASSEMER, *Generalprävention*, p. 40; id. *Einführung*, pp. 295 y 296 (como mantenimiento de la vigencia de

Ello es debido al hecho de que, a diferencia de la prevención general "clásica", de intimidación, cuya función es la mera evitación de acciones, las funciones atribuidas por las diferentes concepciones de la prevención general positiva parecen perseguir ya un bien (y por ello un fin) en sí mismo. Las mismas rúbricas de "negativa" y "positiva" insinúan ya esta idea. Para explicitar esta cuestión puede sernos útil la noción de "protección", preguntándonos qué es lo que se protege en cada comprensión de la prevención general. Así, desde el "fin ético-social", primera versión de la prevención general positiva, lo protegido, como objeto inmediato, son los valores esenciales que subyacen a las normas, los cuales conforman el orden social, y coadyuvan a su cohesión; desde el "fin de integración" se protege la cohesión del organismo social, cuya unidad valorativa y afectiva es considerada como un bien en sí mismo; desde el "fin de protección de la expectativa normativa", por último, se protege la vigencia de la norma, lo que permite la orientación segura en los contactos sociales. En cambio, del "fin de intimidación" no podemos obtener un objeto de protección reconducible al mismo; no hay, en otras palabras, un bien inherente al hecho de intimidar, sino que éste ha de ser argumentado desde consideraciones exteriores a dicho fin de la pena: se intenta evitar la realización de determinadas acciones en atención a la potencialidad lesiva que conllevan para determinados intereses sociales, que será el objeto protegido en última instancia. Dicha fundamental diferencia entre la prevención general negativa y la positiva, la cual permite calificar a la segunda no sólo como fin de la pena sino como fin mismo del Derecho penal, es, de forma similar, resaltada por NEUMANN y SCHROTH: "La teoría de la prevención general positiva tiende cuando menos a localizar el

la norma) ; *id.* *Fines de la pena*, pp. 133 y 134 (en su función de integración); NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 34; SCHÖCH. *Jescheck-FS*, pp. 1083 y 1084; CALLIES, en *NJW* 1989, p. 1339; HÖRNLE y VON HIRSCH, en *GA* 1995, p. 261.

cometido de la pena en un distinto y superior nivel al de la teoría de la prevención de intimidación. Y ello porque la estabilización de la norma a través de la sanción de conductas desviadas no es únicamente un medio de evitación de hechos punibles, sino que aparece como funcional para el fin más amplio de la estabilización de la sociedad como tal. Es decir: mientras que la teoría de la intimidación enjuicia la efectividad de la pena exclusivamente desde el punto de vista de la posible limitación de la criminalidad, para la teoría de la prevención general positiva la pena tiene, más allá de la profilaxis de la criminalidad, una función más amplia, positiva: la estabilización de normas sirve, no sólo por medio de la limitación de los márgenes de criminalidad, a la integración y con ello a la estabilización de la sociedad”⁸.

Ya mencionamos que, como consecuencia de la elevación a fin mismo del Derecho penal de lo protegido inmediatamente por la pena por las diferentes versiones de la prevención general positiva, se ha producido, en mayor o menor medida, el abandono o en todo caso el desplazamiento del fin clásico atribuido al Derecho penal de protección de bienes jurídicos, junto o frente al cual se ha situado el abanico de fines que sucintamente acaban de ser mencionados. Debe, no obstante, resaltarse desde ahora que ello no implica que, de entre los modelos genéricos más arriba citados, la opción por el fin de protección de bienes jurídicos haya de abocar forzosamente al rechazo de todo lo que es incluido en el término de prevención general-positiva, habiendo de identificar entonces dicho fin del Derecho penal con el fin de la pena de la intimidación como medio de aquél. Por lo pronto, como hemos visto, algunos partidarios de la prevención general-positiva conciben este fin de la pena precisamente como un más efectivo mecanismo para la consecución del fin de protección de bienes jurídicos. Más en

⁸ NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 34.

general, y como se mantendrá en estas páginas, alguna de las versiones incluidas en dicho fin de la pena pueden concebirse como medio, o bien como parte integrante del fin superior de la protección de los bienes jurídicos.

Por último, conviene resaltar aún otra razón por la que resulta relevante la distinción entre los fines de la pena y los fines del Derecho penal; ésta viene dada por el hecho de que el Derecho penal puede estar legitimado para abarcar otra finalidad, dirigida, junto a la protección de potenciales víctimas, a la protección de los potenciales delincuentes frente al poder estatal y, por ello, externa a la dirección preventiva que caracteriza a los fines de la pena. Dicho fin del Derecho penal, situado al mismo nivel axiológico que el de protección de bienes jurídicos, concurriría entonces en una relación dialéctica con él mismo, ya que sus intereses van en opuesta dirección⁹.

III. FUNCIÓN DIRECTIVA DE CONDUCTAS VS. ESTABILIZACIÓN SOCIAL

Dentro de esas características comunes merece mencionarse también la relativa a la diferente forma de operar la pena en sociedad. A diferencia de la prevención de intimidación, dirigida a los *potenciales delincuentes* con el único fin de motivar en contra de acciones delictivas, es decir, a la contención de la criminalidad, la prevención general positiva tiene sus destinatarios esencialmente en el conjunto de la sociedad, pero considerados, generalmente, como ciudadanos fieles a Derecho o *potenciales víctimas*¹⁰, y el cometido principal

⁹ En este sentido se orienta la concepción de SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 179 y ss., y *pássim*. También, por ejemplo, BAURMANN. *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 111 y ss.; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 136. Cfr. *infra*, capítulo segundo, II, B, 2.

¹⁰ Así, afirma por ejemplo PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 36, que el auge experimentado por la prevención general positiva aparece “coherentemente con la evolución de las ciencias penales al introducir la perspectiva de la víctima, si bien no como víctima individual y

no es la disuasión coactiva: negativa, sino que el mensaje que emite la pena tiene, como ya mencioné, carácter “positivo”: mantenimiento del valor ético-social en la conciencia de la colectividad, restablecimiento de la paz social o confirmación de la vigencia de la norma. PÉREZ MANZANO expresa esta idea de la siguiente forma: “Al afirmar que el fin de la pena es la estabilización de la conciencia social de la norma, se está pensando en los sentimientos de la sociedad despertados por el delito, en cuanto que cada particular se siente víctima potencial de futuros atentados contra la propiedad, integridad física, etc. [...] En la prevención general positiva, el eje subjetivo alrededor del cual se construye la solución penal no es el delincuente, sino la sociedad considerada como un macrosujeto activo que siente y padece el conflicto y que, por tanto, tiene derecho a participar o ser tenido en cuenta en la solución del mismo”¹¹. Dicha atención primordial a la sociedad como conjunto de víctimas o de ciudadanos fieles a Derecho, frente a la centrada en los potenciales delincuentes, conlleva además el otorgamiento del peso teleológico al momento de imposición de pena, en el cual ese “diálogo” entre pena y colectividad lesionada es más intenso, en detrimento del momento preventivo de la amenaza de pena, en el cual el mensaje valorativo o coactivo va esencialmente dirigido a potenciales delin-

concreta, sino como víctima potencial y difusa”. En similar sentido, VOSS, *Gesetzgebung*, p. 113, respecto de la prevención de integración desde criterios de psicología profunda. Cfr. también MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 341: desde la prevención general positiva, “El Derecho penal no se dirige primordialmente al delincuente, sino a la ‘gente honrada’”.

¹¹ PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 36; GARCÍA-PABLOS. *Introducción*, p. 91: “Para la teoría de la prevención general-positiva –como sucede con todas las teorías simbólicas– destinatario de la pena no es el infractor potencial (prevención general “negativa”), ni el delincuente (prevención “especial”), sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública”. En el mismo sentido, NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 98: “La teoría de la prevención general positiva va referida, a diferencia de la clásica teoría preventivo general, a la función social de la pena, no a la psicológico-individual”. En general sobre este cambio de orientación, JAKOBS. *AT 1/15*; PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, pp. 20 y ss.

cuentas. Ello –a lo que volveré y matizaré después– se manifiesta además en la vinculación existente entre las teorías de la prevención general positiva y la retribución¹²: así, mientras que la prevención general negativa está orientada exclusivamente al futuro: evitación

¹² La proximidad entre la retribución y la prevención general positiva ha sido puesta de manifiesto ampliamente por la doctrina. Por un lado, se llega a dudar si alguna vez fue defendida la retribución como “desvinculada de todo fin”. Así, HASSEMER, *Fines de la pena*, p. 126, quien habla de la paradoja de la “persecución de fines y negación de fines” propia de las teorías retributivas; FROMMEL, *Schüler-Springorum-FS*, p. 271: “La pena en el modelo clásico de retribución es [...] protección de la norma. La teoría era y es *preventiva*: su finalidad es el *mantenimiento de la autoridad de la ley lesionada*” (cursivas original). En este sentido, ya JELLINEK, *Die soziolethische Bedeutung*, p. 96. Cfr., además, LUZÓN, *Medición*, p. 36, afirmando que la prevención general positiva no es otra cosa que retribución teñida de tintes psicológico-sociales. Cfr. también DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 269; KAUFMANN, en *H. Kaufmann-FS*, p. 429: “Antiguamente se lo llamaba sencillamente retribución y necesidad de retribución. Hoy se habla de estabilización y necesidad de estabilización, porque uno se avergüenza de la expresión ‘retribución’. Ciertamente, no debe negarse que no todo lo que hoy navega bajo la bandera ‘prevención general positiva’ tiene exclusivamente el sentido de la retribución. Pero su núcleo es retribución, o, si así se prefiriere oír, ‘compensación de culpabilidad’”; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 29; K. A. PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 32 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 227; MÜLLER y TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 29: “El fin de la pena aparentemente carente de fines es el restablecimiento de la autoridad del Derecho a costa del delincuente a través de la pena ejemplar impuesta en su caso”. Asimismo, las teorías centradas en el fin de integración por medio de la satisfacción de instintos colectivos de venganza asumen dicho fin de la pena como “necesidad social de retribución”. Cfr., por ejemplo, STRENG, en *ZStW* 92, 1980, p. 649; ID. *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 8 y ss.; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140. Por lo demás, tanto WELZEL, *StR*, pp. 238 y ss., como H. MAYER, *StR*, p. 34, defienden, a partir de la función ético-social, una retribución ajustada a la culpabilidad. También, por último, algunos autores, sin abandonar el marco genérico de la prevención general positiva, pretenden sustituir el término de “prevención” por el de “retribución funcional” (LESCH, en *JA* 1994, p. 598) o “retribución simbólica” (KINDHÄUSER, *Strafe*, p. 33). Por otra parte, también se ha planteado la presencia implícita de un fin instrumental en las teorías de la retribución clásicas. En relación a HEGEL, cfr. STRENG, en *ZStW* 92, 1980, pp. 640 y 641; SEELMANN, en *JuS*, 1979, pp. 687 y ss. Y, además de la teoría retributiva de HEGEL, más susceptible quizá de interpretación consecuencialista –entre otras cosas dada su elevada abstracción expositiva y conceptual, también la teoría kantiana de la retribución se ha pretendido interpretar desde una óptica utilitarista o, al menos, desde un punto de vista no “categóricamente” retributivo. Sobre ello puede verse, brevemente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 208 y 209; más extensamente, BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 37 y ss.

de futuras acciones, así como también lo está el mismo fin de protección de bienes jurídicos: los ya lesionados no pueden ser susceptibles de protección, sino sólo los que no lo han sido (gráficamente: el pasado no puede modificarse), la prevención general positiva, de igual forma que las teorías retributivas, está esencialmente dirigida al pasado, buscando el *restablecimiento, reforzamiento* o *reafirmación* del estado anterior a la lesión de la vigencia del ordenamiento jurídico o a la alteración de la estabilidad psíquica producida por el delito, por lo que es la imposición de la sanción la que pasa a adquirir el protagonismo instrumental¹³.

Antes de concluir, recordemos la característica común de las teorías integradas bajo el supraconcepto de prevención general positiva con que se comenzó: todas, en mayor o menor medida, rechazan o relativizan la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal. Pues bien, ello es así, entre otras razones, porque, por un lado, lo protegido no es el concreto interés individual, sino la vigencia fáctica o valor ético del Derecho en el ámbito de la sociedad en su conjunto; y, en consecuencia, el daño producido por el delito no es tanto material como “intelectual”¹⁴,

¹³ En este sentido, entre otros, DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 271; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 232. La contraposición entre pena dirigida al futuro y al pasado es resaltada también por LUHMANN. *Die Funktion des Rechts*, p. 73, oponiendo el fin de estabilización de expectativas al pasado y la función de dirección de conductas al futuro, lo cual pone de manifiesto también en esta versión de la prevención general positiva la proximidad estructural con la retribución y, por ello, el acento en la pena impuesta. Si bien no debe confundirse la referencia a la perspectiva retrospectiva con una finalidad absoluta de la pena –mejor: con una ausencia de finalidad– propia de las teorías retributivas clásicas. En otras palabras, la mirada al pasado debe interpretarse sólo *estructuralmente*, referida a los mecanismos que se emplean para llevar a cabo la función del Derecho penal: amenaza o imposición de la sanción, y no *funcionalmente*, ya que la pena va dirigida en cualquier caso “hacia el futuro”, es decir, a mantener las condiciones necesarias para la pervivencia *futura* del orden social. Cfr., por ejemplo, MÜSSIG. *Rechtsgüterschutz*, p. 141, quien acentúa esta referencia funcional prospectiva de la prevención general positiva.

¹⁴ Cfr. sobre las teorías clásicas basadas en ese daño intelectual del delito, MÜLLER-DIETZ,

psicológico-social o, en la terminología de moda, “comunicativo-simbólico”. A diferencia del daño material a un bien jurídico, ese daño simbólico a la vigencia del ordenamiento sí es susceptible de ser reparado, negando la negación. El pasado, desde esta concepción, sí puede modificarse.

Por último, es preciso mencionar que la discusión sobre los fines del Derecho penal que se pretende acometer en las páginas siguientes no ha de entenderse únicamente como “materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad”, sino que posee, además, “sustancial trascendencia práctica”, por el hecho de que, como no puede ser de otra manera¹⁵, la opción por uno de ambos modelos habrá de conllevar relevantes consecuencias dogmáticas, en especial para la diferente concepción del hecho punible. Así, mientras para el modelo de protección de bienes jurídicos, el delito será concebido como “lesión de bienes jurídicos”, para el modelo opuesto el delito aparecerá como “lesión del deber” (o de la vigencia de la norma). Ello, a su vez, vendrá a comportar diferentes implicaciones para aspectos de la teoría del delito, como la misma viabilidad del bien jurídico como pauta de interpretación de los tipos penales, la aptitud del criterio del peligro para determinar el mínimo de relevancia penal, la estratificación valorativa del injusto en desvalor de acción y desvalor de resultado, el

en GA 1983, pp. 481 y ss.; MÜLLER y TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 23 y ss. En relación a la teoría de la prevención general positiva, JAKOBS. *El principio de culpabilidad*, p. 385; PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, p. 25.

¹⁵ Como acertadamente afirma SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 180: “la cuestión de los fines del Derecho penal adquiere una trascendencia nueva para quien, como aquí se hace, adopta un método teleológico-funcionalista en la elaboración de las categorías dogmáticas y del propio sistema de la teoría del delito con todo su aparato conceptual. En efecto, ello convierte a la discusión sobre los fines del Derecho penal, tradicionalmente considerada como materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad, en algo de sustancial trascendencia práctica, que repercute directamente en la resolución que haya de darse a los casos penales, a través de su encuadramiento en el sistema”.

concepto jurídico-penal de “resultado”, etc.¹⁶. En cualquier caso, esas implicaciones dogmáticas no serán objeto de consideración en estas páginas, limitadas a la discusión sobre los fundamentos legitimatorios de la labor del *ius puniendi*.

¹⁶ Algunas de esas consecuencias han sido destacadas y analizadas por PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, pássim.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS FINES DEL DERECHO PENAL

I. LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

A. Introducción

En primer lugar, dedicaremos nuestra atención a la llamada teoría de la prevención general positiva. A pesar de que en ocasiones, especialmente a la hora de su valoración crítica, la teoría de la prevención general positiva se presenta por la doctrina como una teoría unitaria¹, ya ha sido resaltado que, dentro de dicha denominación genérica, se engloban diferentes comprensiones del *ius puniendi*. Más adecuado es, entonces, hablar, en plural, de las teorías de la prevención general positiva. Por ello, y a pesar de que todas presenten también notables similitudes, conviene establecer su exposición y, sobre todo, su crítica, distinguiendo entre las diferentes versiones. A los efectos de su estudio, plantearemos tres versiones de la misma, ya citadas con anterioridad: en primer lugar, el *fin ético-social*; en segundo lugar, el *fin de integración*; por último, el *fin de protección de la expectativa normativa*. Clasificación que, lejos de pretender ser innovadora, es la generalmente estable-

¹ Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 74; PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, pp. 22 y ss. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 229, resalta el hecho de la diversidad de fines, si bien su crítica termina por incurrir en dicha unilateralidad. Por otra parte, BAURMANN, en *GA* 1994, p. 370, destaca la ausencia de claridad existente en la delimitación entre las diferentes versiones de la prevención general positiva.