

# Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico

A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de "prevención general positiva"

**José Milton Peralta**

Universidad Nacional de Córdoba  
Universidad Blas Pascal

*Abstract\**

*La teoría de la prevención general positiva padece de un cierto grado de ambigüedad, lo que hace necesario realizar algunas distinciones analíticas. Dentro de los fines que se quieren alcanzar por medio de esta teoría, se puede reconocer un objetivo pedagógico. A este respecto también se debe diferenciar entre dos posibles fines educativos a alcanzar, que, a su vez, dependen completamente del respectivo concepto de norma que se utilice. Se puede partir, por un lado, de un concepto de norma que pone su acento en el valor por ella contenido. Por el otro, también se puede colocar la acentuación en el valor de la norma como parte del sistema normativo. Si se trabaja con este segundo concepto de norma, se puede lograr un efecto pedagógico en la sociedad, que no sólo es útil para la protección de bienes jurídicos, sino que todavía sigue siendo liberal.*

*The theory of the positive general prevention suffers from a certain degree of ambiguity, which makes it necessary to carry out some analytical distinctions. Within the purposes to be achieved through this theory, a pedagogic objective can be recognized. As regards the latter, we must differentiate between two possible educational aims, which are to be reached. These aims depend completely on the concept of norm one actually uses. On the one hand, one can begin with a concept of norm, which stresses the value contained by it and, on the other hand, one can stress the value of the norm itself as a part of the normative system. If we work with this second concept of norm, we can achieve a pedagogical effect on society, one that is not only useful to protect legal goods, but which it is still liberal.*

*Die Theorie der positiven Generalprävention leidet unter einer gewissen Doppeldeutigkeit, die die Einführung einer analytischen Unterscheidung erforderlich macht. Innerhalb der Zwecke, die durch diese Theorie zu erreichen sind, kann man eine pädagogische Zielrichtung erkennen. Diesbezüglich sollte man aber jedenfalls zwischen zwei möglichen Erziehungszielen fein differenzieren, die vollends vom jeweils verwendeten Begriff von Normen abhängen. Man kann denn einerseits von einem Begriff von Normen ausgehen, der seinen Akzent auf die im letzteren beinhalteten Werte legt. Andererseits ließe sich die Akzentuierung aber auch auf die Stellung der Norm im gesamten Normativsystem legen. Arbeitet man mit diesem zweiten Begriff von Normen, kann man einen pädagogischen Effekt in der Gesellschaft erzielen, der nicht nur nützlich für den Rechtsgüterschutz ist, sondern auch noch liberal bleibt.*

*Title:* Positive general prevention as a respect for legal order. At the same time an analytical distinction between possible concepts of "positive general prevention".

*Titel:* Positive Generalprävention als Achtung der Rechtsordnung. Zugleich eine analytische Unterscheidung möglicher Interpretationen des Begriffs der „positiven Generalprävention“.

*Palabras clave:* prevención general positiva, efecto pedagógico, concepto de norma, fin de la pena y bien jurídico, prevención general positiva y prevención general negativa, fin de la pena y límites a la pena.

*Keywords:* positive general prevention, pedagogical effect, concept of norm, aim of the punishment and legal protected goods, positive general prevention and negative general prevention, aims of the punishment and limits of the punishment.

*Stichwörter:* positive: Generalprävention, pädagogisches Effekt, Normbegriff, Strafzweck und Rechtsgut, positive Generalprävention und negative Generalprävention, Strafzwecke und Strafgenze.

## *Sumario*

1. Introducción
2. Dos posibles conceptos de norma
  - 2.1. Fortalecimiento del valor contenido en la norma
  - 2.2. Fortalecimiento de la norma como parte del sistema normativo
    - A) Fundamentos
      - a.a.) Procedimiento
      - b.b.) Función de coordinación.
      - c.c.) Asentimiento presupuesto.
    - B) Ventajas
    - C) Problemas
3. Diferencia entre la creación de normas y su confirmación a través de la pena
4. Complementación necesaria entre la prevención general positiva y la prevención general negativa
5. Vinculación entre la prevención general positiva como fin de la pena y los límites al poder estatal
6. Resumen
7. Lista de bibliografía

## 1. Introducción

Existe hoy un acuerdo medianamente general en que la pena sólo se puede justificar a través de consideraciones preventivas.<sup>1</sup> Eso significa que, en principio, no se pretende lograr algún tipo de justicia metafísica, sino producir un determinado estado de cosas positivo en el mundo. A pesar de este acuerdo, no son unívocos ni el positivo estado de cosas que se quiere lograr ni el camino que debe conducir a él.

En la discusión en el Derecho penal contemporáneo se encuentra en primer plano la teoría de la prevención general positiva. Las finalidades que se pretenden alcanzar con esta teoría de la pena son muy variadas, a tal punto que se ha dicho que "...como mucho por casualidad resultan compatibles" entre sí.<sup>2</sup> Estos diferentes objetivos se corresponden con las heterogéneas críticas a esta teoría de la pena. Éstas abarcan desde la ilegitimidad teórica de sus diferentes fines hasta su carencia de fundamento empírico, a pesar de que en la discusión no siempre se determina previamente cuál de los objetivos que se quieren lograr con la pena es el centro de la crítica.

Como primera aproximación se debe distinguir, en el marco de la prevención general positiva, entre dos posibles sujetos de la pena. Se puede entender como tal tanto la sociedad entera como una unidad o cada miembro de ésta individualmente. No siempre se es conciente de esta distinción, pero cuando esto sucede se designa la teoría con dos términos diferente. Si se tiene en mente dirigir efectos en toda la sociedad se habla, generalmente, de prevención-integración. Por el contrario, cuando el sujeto al que se dirigen los efectos de la pena es el individuo se habla de prevención-educación.<sup>3</sup>

La prevención general positiva como prevención-educación puede ser tenida como una buena razón para penar, dependiendo de qué se entienda por ella. Es necesario, en primer lugar, aclarar qué es lo que se quiere enseñar, es decir, determinar cuál es el mensaje concreto que se quiere comunicar a través de la pena. Se dice que ese efecto aprendizaje se logra a través de la confirmación de la vigencia de la norma. Esto es, no obstante, todavía impreciso, pues aún es menester determinar cuál es el significado de norma en este contexto. El primer objetivo de este trabajo es,

---

\* Docente y doctorando en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Ex becario DAAD. Actual becario CONICET. Miembro del Instituto de Argumentación Jurídica de la Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina.

<sup>1</sup> Acerca de la crítica al "renacimiento de las teorías retribucionistas", SCHÜNEMANN, en PRITWITZ (comp.), *Festschrift für Lüderssen*, 2002, pp. 327, 329 y ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 45 y ss.

<sup>2</sup> STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, 1995, p. 16.

<sup>3</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, nm. 3/27. Ya destacados esos diferentes conceptos en Alemania en los tiempos del nacionalsocialismo, SIEGERT, *ZStW* (81), 1935, pp. 418 y ss.

entonces, distinguir entre dos posibles conceptos de norma en relación a la prevención-educación. Uno de ellos pone el acento sobre el contenido de valor de cada norma individual (v.g. valor medio ambiente), mientras que otro destaca el valor de la normas como parte del orden jurídico.

Si se parte de un Estado liberal, parece que éste no puede reclamar de sus ciudadanos más que el respeto por el orden jurídico y, por ende, por la norma de conducta como parte de éste. Cualquier contenido moral que exceda estos límites se manifiesta como inaceptable.

Con todo, la comunicación del valor de las normas sólo como parte del orden jurídico parece tener algunos inconvenientes. Se presenta como demasiado formal, con escasa o ninguna capacidad para limitar el poder estatal y, en alguna medida, aún demasiado invasivo de la esfera personal. Algunas de estas observaciones son correctas. Otras, sin embargo, no aciertan en el blanco. Se analizarán, entonces, también en esa primera parte, estos problemas y su relevancia.

Al final del trabajo, se indagará también en qué medida el respeto a los derechos individuales fundamentales depende de la prevención general positiva y de su respectivo anclaje empírico. En concreto, si su existencia y reconocimiento pueden estar condicionados a los fines de pena o a las condiciones para su efectividad.

## *2. Dos posibles conceptos de norma*

Con la prevención educación aquí mencionada el Estado pretende que los ciudadanos, a través de la pena, aprendan o comprendan algo,<sup>4</sup> lo cual surge ya de su propia terminología. Pero: ¿qué es lo que los destinatarios de la norma deben comprender? Deben entender que la norma es buena y, por ello, debe ser obedecida. Así, se dice que se debe reforzar el valor de la norma, confirmar su vigencia o expresiones similares. El concepto de norma, sin embargo, admite en este contexto dos significados diferentes y eso repercute en el fin pedagógico que se le asigna a la pena.

El enunciado: “está prohibido contaminar el medioambiente” es, sin lugar a dudas, una norma. Pero cuando se pregunta qué es lo que los destinatarios de la norma deben comprender o aprender se abren dos respuestas posibles, que sólo se pueden distinguir analíticamente. Se puede tratar de fomentar una coincidencia por parte del sujeto con el valor contenido en la norma (para seguir con el ejemplo, el valor del medio ambiente) o se puede tratar de comunicar el valor de la norma por sí misma, porque ella pertenece a un sistema normativo, independientemente de la

---

<sup>4</sup> HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, p. 323; EL MISMO en HASSEMER/LÜDERSESEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 9, 39.

opinión que se tenga sobre el valor concreto en ella contenido.<sup>5</sup> Con el mismo enunciado, entonces, se puede tratar de influir sobre el ciudadano de dos maneras distintas, según dónde se ponga el acento de la comunicación.

En lo que sigue inmediatamente se analizará si una teoría de la pena que tiene por objetivo comunicar el valor contenido en una norma es susceptible de legitimación, es decir, si ella puede ser puesta en armonía con un Estado liberal. En un segundo paso se seguirá el mismo proceso con la segunda alternativa.

### 2.1. Fortalecimiento del valor contenido en la norma

Lo que se quiere decir cuando se afirma que el fin de la pena es el “fortalecimiento del valor contenido en la norma” es que el destinatario de la norma debe comprender o aprender que el valor contenido en la norma es algo bueno y que conductas que lo cuestionen son erradas. La norma pretende, así, comunicar el valor del bien por ella descrito *como tal*. La pena debe servir para poner en claro cuáles son los valores de la sociedad y para aportar a que todos compartan ese punto de vista.<sup>6</sup> De esa manera, se logra un efecto mediato de consenso social y, al mismo tiempo, la “protección de los valores ético sociales elementales”.<sup>7</sup>

La prevención educación es concebida, por su lado, con dos funciones diferentes. La comunicación del valor representado por la norma es, en general, entendido como un *medio* para la protección de bienes jurídicos.<sup>8</sup> De esa manera, la comprensión del valor de la norma sirve para que el ciudadano cometa, a largo plazo, menos ataques contra bienes jurídicos concretos. La confirmación de la vigencia de la norma no es, entonces, el objetivo último de la pena, ni un fin en sí mismo, sino sólo un instrumento para la protección de bienes jurídicos. En una variante más idealista de esta teoría, es exactamente ese valor (el contenido en la norma) el objeto a resguardar con la pena.<sup>9</sup> Existe, en ese caso, una identificación entre lo que se quiere proteger con la pena y la manera en que se lo hace: el significado y fin de la pena es el fortalecimiento de valores. De todos modos, un análisis de esta distinción no es

<sup>5</sup> FRISTER, *Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“*, 1993, pp. 28 y s.; EISENBERG, *Kriminologie*, 5ª ed., 2000, nm. 41/2; SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, 1989, p. 2 y s.; BAURMANN, GA, 1994, pp. 368, 373 y ss.; HASSEMER, *Hauptprobleme*, p. 36; ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, *Derecho Penal, Parte General*, 2002, pp. 57 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, pp. 17 y ss.; ASHWORTH, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, 1996, pp. 65, 69 y s.; ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, Michigan 1974, p. 36, entienden esa variante como una interpretación posible de la prevención general positiva.

<sup>6</sup> Cfr. también MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, 1998, pp. 29 y ss..

<sup>7</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 3 y s..

<sup>8</sup> Así WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 5; Díez Ripollés, en EL MISMO, *Política Criminal y Derecho Penal*, 2004, pp. 59, 68.

<sup>9</sup> Por todos JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm. 1/11, crítica al respecto PUPPE, en SAMSON (comp.), *Festschrift für Gründwald*, 1999, pp. 469, 470, 476 y ss..

importante a los efectos que aquí se persiguen y, además, merecería un trabajo independiente. Ahora lo relevante es lo que estas dos versiones de la prevención educación tienen en común: la transferencia de valores morales<sup>10</sup> como fin de la norma. En donde no se intenta solamente lograr un comportamiento del ciudadano conforme a la norma (conformación externa), sino que también se quiere influir sobre su actitud interna.<sup>11</sup> Donde no se trata, pues, sólo de que determinada conducta no puede ser realizada o de que, para poder hacerlo, se debe pagar un determinado “precio”, sino, más bien, de que se tenga conciencia de la bondad o corrección de determinados contenidos normativos. Por medio de la pena se debe aprender, entonces, a adoptar una posición positiva respecto a los valores contenidos en las normas penales y, así, aprender lo que es moralmente obligatorio hacer u omitir.

De esa manera se le encarga a la pena la valiosa tarea de educar moralmente<sup>12</sup> a la sociedad. Ha dejado de ser un instrumento regulador de conductas a través del miedo (prevención general negativa) y se ha convertido en una herramienta de inculcación de valores. La prevención general negativa trata al hombre, quizás, como a un perro, en la medida en que no apela a su razón.<sup>13</sup> Pero esta versión de la prevención-educación no lo hace entretanto mejor, en la medida que trata al ciudadano como a una persona incompleta que debe cambiar, por medio del derecho, sus valores.

Esta no parece ser una tarea compatible con un Estado liberal. Si Derecho penal liberal es aquel que no pretende más que una conducta adecuada a la norma, dejando la vida privada y los pensamientos de los ciudadanos fuera de la esfera de control estatal, un Derecho penal que se dedica a tratar de modificar el modo de pensar de sus ciudadanos respecto de ciertos valores sociales, corrigiendo sus conductas no ya en términos de legalidad o ilegalidad, sino de bien o mal, parece haber rebasado sus límites.<sup>14,15</sup> El Estado no puede tener pretensión alguna de que sus ciudadanos sustenten determinada convicción moral (con la excepción que se señalará más adelante). Ese es un límite que el Estado no puede superar aunque sea

---

<sup>10</sup> Así designado por SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, 1989, p. 2.

<sup>11</sup> Cfr. HASSEMER, *NStZ*, 1989, pp. 553, 555. Crítico sobre esa posición MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, 1998, pp. 29 y ss.

<sup>12</sup> KINDHÄUSER, *GA*, 1989, pp. 493, 506; SCHEERER, *Kriminologische Journal*, 1986, pp. 133, 134 y s., 148.

<sup>13</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 99, en su crítica a Feuerbach.

<sup>14</sup> Así CALLIESS, *NJW*, 1989, pp. 1338, 1339; aproximadamente también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 233, 237 y ss.

<sup>15</sup> Se debe destacar que esta teoría no se critica porque pretenda educar a través de la fuerza, sino porque pretende inculcar valores más allá del derecho. La teoría de la prevención general positiva no implica, pues, violencia sobre aquellos a quienes comunica sus valores. (Cfr. ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, pp. 34 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, en EL MISMO, *Política Criminal y Derecho Penal*, 2004, pp. 63 y ss., 72 y s.; Cfr. BAURMANN, *GA*, 1994, pp. 349 y 375).

funcional y eficaz para la ciudadanía. Un Estado liberal debe ser neutral y no promover determinadas ideologías más que otras.<sup>16</sup>

Es innegable, de todas formas, que con la pena se obtiene un efecto moralizante indirecto, tanto en el momento de su conminación como en el de su amenaza.<sup>17</sup> Pero ese efecto inevitable de la pena no puede ser el justificativo de su utilización. Así como la imposición de la pena también puede ser entendida como la satisfacción de los deseos de venganza de la víctima, sin que por ello se deba entender la venganza como un objetivo válido.

Sin embargo, llevar esta idea del Estado liberal demasiado lejos también parece inapropiado. Decir que el Derecho sólo pretende que los ciudadanos sean prudentes y, por ello, eviten la sanción, sin que con ella se pueda comunicar legítimamente algún valor, tampoco parece sustentable. Parece que un *Estado* liberal puede todavía pedir algo más a los ciudadanos, algo que también tiene que ver con el sostenimiento de la norma y su valor, pero en un sentido totalmente distinto y compatible aún con una estructura liberal.

## 2.2. Fortalecimiento de la norma como parte del sistema normativo

Con carácter previo a la explicación de lo que se quiere decir con “fortalecimiento de la norma como parte del sistema normativo”, se citarán los enunciados al respecto de dos autores renombrados en la dogmática penal contemporánea. El resumen de esos enunciados nos brindará información para encontrar la definición correcta de lo que debe entenderse como “norma” en este contexto.

*Jakobs* afirma que la norma cumple una importante función de orientación.<sup>18</sup> “Tarea de la pena es el sostenimiento de la norma como modelo de orientación para el contacto social”<sup>19</sup>. La teoría de la prevención general positiva es, entonces, útil por un lado, para la confirmación de las expectativas normativas,<sup>20</sup> como “*ejercicio en la confianza en la norma*. [Por otro] [...] la pena carga la conducta quebrantadora de la norma con consecuencias negativas y aumenta, así, las oportunidades de que esa

<sup>16</sup> Cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, nm. 22/104, NEUMANN, *Nomos-Kommentar*, 2ª ed., 2005, nm. 17/44; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 138 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, 2000, p. 151.

<sup>17</sup> Así SCHMIDHÄUSER, en ZACZYK/KÖHLER/KAHLO (comps.), *Festschrift für Wolff*, 1998, pp. 443, 448: “Cada sanción que reacciona con justicia a un comportamiento inmoral y digno de sanción, tiene un efecto pedagógico social; ella confirma el juicio moral y, con ello, la vigencia de la norma en la conciencia de la sociedad”; así también ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974, pp. 122 y ss.; parecido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 148.

<sup>18</sup> JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm. 1/4 y ss.

<sup>19</sup> JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm. 1/11.

<sup>20</sup> Cfr. ZStW, 1995, pp. 843, 865.

conducta no sea aprendida como una alternativa discutible. De esa manera, la pena sirve para el *ejercicio en la fidelidad al Derecho*<sup>21</sup>.

Roxin entiende, por su lado, a la teoría de la prevención general positiva como aquella que sirve para el sostenimiento y fortalecimiento de la confianza en el poder de existencia e imposición del orden jurídico.<sup>22</sup> También aquí la prevención general positiva tiene por lo menos dos objetivos o efectos: En primer lugar, un efecto pedagógico de enseñanza denominado también “ejercicio en la fidelidad al derecho”; en segundo lugar, “el efecto de confianza que surge, cuando el ciudadano ve que el Derecho se impone”.<sup>23</sup>

Mediante la conexión entre norma en su función de orientación y norma como parte del sistema jurídico se obtiene su significado correcto, cuyo respeto sí puede ser comunicado a través de la pena. Esta concepción de norma es totalmente independiente de su contenido, pues no pretende por parte de los ciudadanos una aceptación del valor encerrado en esa norma, sino sólo el respeto de ella<sup>24</sup> porque pertenece a un sistema normativo. La norma tiene solamente una función pragmática y es ello lo que justifica su adhesión. Esto es lo que parece subyacer a expresiones como “confianza en el Derecho”, “fidelidad al Derecho” o “defensa del orden jurídico”. No se trata, entonces, de saber que algo es dañino, sino de que está prohibido. Lo primero tiene que ver con valores o cálculos. Lo segundo, con la conciencia de antijuridicidad de la conducta.<sup>25</sup>

Por supuesto, el valor de la norma como parte del sistema normativo debe tener una legitimación de manera tal que no se caiga en alguna otra clase de autoritarismo. Esa legitimación se logra, por un lado, por medio del proceso democrático de creación de normas y, por otro, por el valor del sistema normativo como tal, del orden jurídico. Ambas transforman a una norma como parte de un sistema normativo en algo defendible en un Estado liberal de derecho.

<sup>21</sup> Cfr. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm. 1/15-16; EL MISMO, *ZStW*, 1989, pp. 516, 517.

<sup>22</sup> ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, nm. 3/27.

<sup>23</sup> ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, nm. 3/27.

<sup>24</sup> Cfr. ROXIN, en EL MISMO *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1972, pp. 1, 18; KINDHÄUSER, *ZStW*, 1995, pp. 701, 702 en particular n. 1.

<sup>25</sup> En los tiempos del nacionalsocialismo era decisivo, para muchos autores, no la contrariedad a la norma positiva, sino el atentado contra el orden moral, cfr. entre otros u. a. C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1933, pp. 9 y ss., 35 y ss., 47 y ss.; WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pp. 64, 74 y ss.; SIEGERT, *ZStW*, 1935, pp. 428 y s. Un análisis al respecto se encuentra en AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 216 y ss., 219 y ss.; FROMMEL, *JZ*, 1980, pp. 559 y ss.

## A) Fundamentos

## a.a.) Procedimiento

Las normas, como producto de la conducta humana presuponen un estadio deliberativo. En ese momento es cuando se admiten argumentos morales o de utilidad y donde se deben determinar con mayor precisión los límites del poder estatal (aunque los límites en sí mismos no estén en discusión). Para la creación de normas existen diferentes procedimientos conocidos. El procedimiento más legítimo es el democrático, porque, más allá de diferentes matices, con ese sistema se pueden considerar de la manera más eficiente posible la voluntad de cada uno de los individuos que forman parte de la sociedad. En una democracia toman, pues, parte de ese momento deliberativo, de manera directa o indirecta, todos los ciudadanos.

Ese momento de decisión en la creación de normas sólo tiene sentido para organizar una sociedad si éstas luego gozan de un estadio o momento de ejecución. Es decir, si luego adquieren relevancia práctica.<sup>26</sup> Si esto no fuera así, esa discusión tendría un mero valor especulativo, de hipótesis de ejecución, pero no podría ser la base de un futuro orden social. Si con las normas se quiere regular la vida social, estas deben tener significado práctico. Para ello, deben tener una propiedad que las haga vinculantes, que sea independiente a su contenido ofreciendo así, por sí mismas, una razón para actuar. En este sentido, se puede decir, sin forzar las palabras, que “[e]n el acuerdo acerca de las normas, cada participante toma un doble rol. Por un lado, es autor de la norma y, por otro, se hace al mismo tiempo destinatario de ésta, la que, de esa manera, le designa su espacio de libertad”<sup>27</sup>. Este es el primer argumento para legitimar el Derecho frente al individuo: la “...fidelidad al derecho debe estar fundada en la autonomía de haber participado en el acuerdo para la creación de normas”<sup>28</sup>.

Una característica del Derecho como resultado de un momento deliberativo es, entonces, su pretensión práctica.<sup>29</sup> De esta manera, también se puede explicar la existencia del Derecho como tal. De lo contrario, si las personas pudieran obrar no en base a lo decidido, sino en base a sus propias razones, el Derecho sería

<sup>26</sup> Cfr. RAZ, en EL MISMO, *Ethics in the Public Domain*, 1994, pp. 179, 190 y s.

<sup>27</sup> KINDHÄUSER, *ZStW*, 1995, pp. 720 y s. De otra opinión, KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1977 (original 1797), A202 f./B232 s. (p.457): “Yo, como colegislador que dicta el código penal, no puedo ser la misma persona que, como súbdito, es penado por según la ley”.

<sup>28</sup> KINDHÄUSER, *ZStW*, 1995, pp. 709 y ss.; similar RAWLS, *A Theory of Justice*, 1999: “... it is not possible to have an obligation to autocratic and arbitrary forms of government”. Cfr. además LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, p. 60 y s.; BAURMANN, *GA*, 1994, p. 379.

<sup>29</sup> RAZ, en EL MISMO *Ethics in the Public Domain*, 1994, p. 193, también pp. 194, 197: “A legislative authority ... is one whose job is to create new reasons for its subjects...”.

superfluo<sup>30</sup> y la vida social seguiría por otras vías, predominantemente abandonadas a la voluntad de cada uno. Pero esto no es compatible con la idea de derecho. Con otras palabras, “sería una contradicción hacia una exigencia fundada jurídico racionalmente lograr un Estado de Derecho, si cada uno, a voluntad, mediante la apelación a su presunto Derecho (natural) más elevado, pudiera conservar un estado de naturaleza parcial en la constitución cívica”<sup>31</sup>. Si no se está de acuerdo con lo decidido, se puede todavía tener teóricamente abierto el momento de deliberación (lo que la prevención educación en valores, en realidad, no quiere), pero no de manera práctica.<sup>32</sup> Si el momento de deliberación pudiera ser reabierto con consecuencias prácticas cada vez que se quiera obrar, ese mismo momento no tendría sentido en un sistema cuyo objetivo es lograr un orden social.<sup>33</sup>

Un ejemplo de la vida diaria. Cuando una pareja el sábado por la mañana discute sobre si a la tarde hay que ordenar la casa o si es mejor ir de compras y luego toma una decisión, esa pareja se comporta así para no tener que repetir ese momento por la tarde y poder organizarse. Si eso no fuera así, y el momento deliberativo se pudiera repetir indefinidamente, sólo se deliberaría y nunca se actuaría. Si ya se ha tomado una decisión, se debe tomar ese resultado como una razón para actuar y no repetir el balance de razones que ya ha sido realizado. Este es un modo de comportamiento de la vida diaria que se puede trasladar a una democracia.<sup>34</sup> Es claro que entre el caso de una pareja que quiere tomar una decisión y un proceso parlamentario hay considerables diferencias.<sup>35</sup> Ésas no son, sin embargo, relevantes para este análisis. En ambos casos se debe considerar la decisión tomada como una razón para actuar y así poder organizarse.

En cuanto a la decisión tomada se pueden imaginar dos tipos de disidencias por parte de un individuo. Una que se refiere a un momento posterior a toma de decisión, es decir, al momento de ejecución de la conducta, y otra que hace referencia al mismo momento de deliberación y establecimiento de la norma, cuando el punto de vista de un determinado individuo no ha sido el predominante para el establecimiento de la norma. Respecto a la primera posibilidad, si el Derecho debe ofrecer una razón para actuar, es claro que las preferencias personales a la hora

---

<sup>30</sup> Esta es una crítica muy común que se hace desde el positivismo jurídico contra el iusnaturalismo. Cfr. entre otros GUARINONI, *ARSP* (87), 2001, pp. 56 y ss..

<sup>31</sup> KÜHL, *ARSP*, 1990, pp. 75, 91. Similar EBBINGHAUS, en MAIHOFER (comp.) *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, p. 300 y s.: “... el derecho natural sólo [sin una ley positiva] no puede otorgarle o asegurarle a ningún hombre algún determinado derecho”. (La cursiva pertenece al original).

<sup>32</sup> RAZ, en EL MISMO, *Ethics in the Public Domain*, 1994, p. 197.

<sup>33</sup> RAZ, en EL MISMO, *Ethics in the Public Domain*, 1994, p. 191 y s.

<sup>34</sup> Fundamental al respecto RAZ, en EL MISMO, *Ethics in the Public Domain*, 1994, p. 195 y ss., VEGA GÓMEZ, *Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie* (110), 2004, pp. 709, 709 y ss..

<sup>35</sup> Número de participantes en la decisión, diferencia de tiempo entre la creación de la norma y la ejecución de la conducta, problemas de representatividad de los legisladores, etc.

de actuar son irrelevantes.<sup>36</sup> No puede ser jurídicamente relevante para actuar que el sujeto haya cambiado de opinión con el transcurso del tiempo. El segundo supuesto es un poco más complejo pues, ¿por qué se debería aceptar una norma con la que desde el principio se está en desacuerdo? Esto es fundamentalmente así, porque una democracia sólo puede garantizar las condiciones necesarias para que se logre un acuerdo que considere todos los intereses en juego, pero no puede ofrecer, de ninguna manera, una coincidencia de intereses entre todas las partes<sup>37</sup>. Es, entonces, en principio, posible, que un individuo “no quiera aceptar la norma, porque no se adecua a su razón”<sup>38</sup>. En ese caso, al igual que en el caso de disonancia entre el momento de decisión y de ejecución, los ciudadanos deben actuar por otros motivos, en concreto, en base a lo decidido.

En realidad, cuando se está de acuerdo con el valor contenido en la norma no es necesario respetar el Derecho, pues normalmente se seguirá una conducta que, aunque casualmente, es acorde a la norma. Se puede decir incluso que las normas penales tienen su sentido más importante exactamente *cuando* las razones dominantes del Derecho no son las del sujeto y allí es donde el momento de comunicación de la norma como parte del ordenamiento normativo adquiere relevancia.

#### b.b.) Función de coordinación.

La participación de cada ciudadano en la creación de la norma y la pretensión práctica de ésta no son aún suficientes para justificar la función de la pena como comunicación del valor de la norma. Aquí un destinatario de la norma aún podría preguntarse ¿para qué quiero que haya normas que tengan relevancia práctica si yo no estoy de acuerdo con su contenido? Es cierto que va a ser legítima porque yo he participado en el momento de su creación, pero aún así podría ser inútil. Debe ser aclarado, además, qué otra función puede cumplir una norma, prescindiendo de la buscada corrección individual. Es decir, se debe determinar qué otra función social puede tener una norma, por la cual merezca la pena ser seguida.

Las normas, como parte del sistema normativo, cumplen una función de organización<sup>39</sup> entre las acciones de los ciudadanos y posibilitan, de esa manera, la existencia de una vida pacífica en sociedad. Las normas democráticas logran, con su función de organización, seguridad jurídica, pero no sólo eso. Además, permiten la existencia de coordinación entre los ciudadanos. De hecho, la seguridad jurídica puede ser alcanzada también por un gobierno totalitario. Lo que éste no puede

<sup>36</sup> Cfr. JAKOBS, *ZStW*, 1995, p. 837.

<sup>37</sup> KINDHÄUSER, *ZStW*, 1995, p. 722.

<sup>38</sup> KINDHÄUSER, *ZStW*, 1995, p. 706 y s.; también DUFF en *EL MISMO*, *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge, 1998, pp. 156, 183 y s.

<sup>39</sup> BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 1996, pp. 241 y ss.

lograr, en cambio, es que exista esa coordinación. Ese término (coordinación) puede ser caracterizado como una definición más completa de la función del derecho en un estado democrático, pues a la vez que implica seguridad significa, además, la participación de cada ciudadano en la creación de la norma.

Por ello es incorrecto afirmar en contra de una teoría de la pena que quiere reforzar la fidelidad en el orden jurídico que “simplemente” quiere obtener efectos secundarios referidos al Derecho, los que, como tales, no permiten su legitimación. Schumann dice que eso sería lo mismo que aseverar que una indicación médica está bien fundada, porque la medicina en general tiene buenos efectos, aunque el medicamento individual no muestre ningún efecto de curación. “Confianza no es una prueba de efectividad”<sup>40</sup>. Esa afirmación, sin embargo, deja de lado, justamente, que el Derecho, como tal, tiene ya un valor independiente al del contenido de cada norma.<sup>41</sup> Al contrario de los medios medicinales, el Derecho, como sistema de coordinación, representa el valor de la vida en sociedad. La expresión medios medicinales no es más que la generalización de cada uno de los medicamento que sirven para curar. El Derecho no es sólo (aunque naturalmente también) la reunión de reglas (presuntamente) útiles, sino que es también algo en sí deseable, a pesar de que no se pueda demostrar siempre y ante todos la corrección de cada norma<sup>42</sup> (al contrario del efecto que se quiere lograr con cada uno de los medios medicinales, sin el cuál éstos no tienen una existencia justificada). El Derecho constituye un instrumento para vivir en sociedad, “porque ninguna vida social es posible sin una determinada forma institucional”<sup>43</sup>.

Es claro que sólo con normas positivas y obligatorias no se puede lograr un Estado deseable. Las normas no pueden, por sí solas, con motivo de su estructura formal y consiguiente mutabilidad de contenido, asegurar ese Estado. Por el otro lado, también se debe recalcar que ese Estado sin normas sería igualmente imposible.<sup>44</sup> Se trata, entonces, con este fin de la pena, de una habituación al orden en una sociedad,<sup>45</sup> porque si no, en el caso de un quebrantamiento general de las normas se

<sup>40</sup> SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, 1989, p. 2 y s.

<sup>41</sup> BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 1996, pp. 236 y ss., en particular pp. 241 y ss.

<sup>42</sup> JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm. 2/1 y ss.; sea como fuera no en una sociedad pluralista: KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, pp. 708, 722.

<sup>43</sup> WELZEL, *Naturrecht und Materielle Gerechtigkeit*, 1990, p. 253; EL MISMO en *Festschrift für Henkel*, 1974, pp. 11 y ss., 15 y ss.

<sup>44</sup> WELZEL, *Naturrecht und Materielle Gerechtigkeit*, 1990, pp. 165, 209; EL MISMO, *Festschrift für Henkel*, p. 15 y ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 56 y ss.; Rawls siguiendo a Lon Fuller dice al respecto que posiblemente ese orden traiga consigo también algo materialmente positivo, en el sentido de que es siempre “más justo” saber de antemano lo que se puede sufrir que ser tratado luego simplemente de manera arbitraria, *A Theory of Justice*, 1999, pp. 51 y ss..

<sup>45</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, p. 55.

caería nuevamente en un estado de naturaleza.<sup>46</sup> El contenido satisfactorio de cada norma sólo se puede asegurar de manera procedimental, en la medida que se tenga oídos para todos los puntos de vista. Por lo demás, la decisión deberá ser respetada aunque no comulgue con el punto de vista individual de cada uno de los ciudadanos.

Las razones expuestas presentan a las normas de un orden jurídico en un Estado democrático como algo deseable. Por ello, parece apropiado promover en el ciudadano la fidelidad al Derecho en este sentido, para, así, lograr una “tendencia o disposición al seguimiento de la norma”<sup>47</sup>.

c.c.) Asentimiento presupuesto.

Pero este segundo concepto de prevención educación todavía tiene un problema en común con la teoría al principio criticada. Si bien es cierto que entre la comunicación de los valores contenidos en las normas y del valor del Derecho como producto democrático existe claramente una diferencia conceptual que hace a la distinción comprensible; también es cierto que en ambos casos se trata de influir sobre la actitud interna de los ciudadanos tratando de generar una postura que favorezca la vida en sociedad. Si la influencia sobre la conciencia de los ciudadanos es de por sí indeseable habría que encontrar, además de una diferencia conceptual entre ambos tipos de normas, una diferencia valorativa, que distinga el valor del orden jurídico y lo defienda contra las críticas que afirman que ello también es inaceptable.<sup>48</sup>

La distinción entre ambos puntos sale a la luz cuando se recalca la voz *ciudadano*<sup>49</sup> como punto de referencia de la vida social. El concepto de ciudadano presupone la existencia de normas. El ciudadano que, directa o indirectamente, participa en el proceso de creación de normas (si bien normalmente mediante la elección de representantes) es alguien que ya por ese mismo hecho demuestra querer tener un orden social. Y si él se somete, en esa tarea, al principio, también democrático, de la mayoría es porque está dispuesto a aceptar la norma como producto de su predisposición para su creación. Pues él sabe que no se encuentra de ninguna manera asegurado que la norma se corresponde con sus preferencias personales<sup>50</sup>. Lo único que queda como sustrato de ese proceso es la norma como tal. Es por eso

---

<sup>46</sup> KINDHÄUSER, GA, 1989, pp. 496 y ss.; EL MISMO ZStW (107), 1995, p. 704; WELZEL, *Festschrift für Henkel*, p. 13; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 57 y ss.; ver también KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1977 (original 1797), A164/164/B193/194 (p. 430) y el análisis al respecto de KÜHL, *ARSP* (37), 1990, pp. 88 y ss.

<sup>47</sup> KUHLEN, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 55 y ss.

<sup>48</sup> Al respecto MIR PUIG, *El Derecho penal*, p. 138; EL MISMO ZStW (102), 1990, pp. 923 y ss.

<sup>49</sup> Mi agradecimiento a Peter KASISKE, que me ha ayudado a afinar esa diferencia.

<sup>50</sup> Así también DUFF, en EL MISMO, *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge, 1998, p. 184.

que incluso se puede decir que, según la teoría aquí propuesta, lo que se quiere enseñar a través de la comunicación del valor de la norma es algo a lo que cada ciudadano, como miembro de la sociedad, ya ha, de todos modos, asentido: el respeto frente al orden jurídico como tal, mientras su punto de vista tenga un lugar igual que el del resto cuando se realiza el balance de razones para la creación de la norma.

En nuestras sociedades pluralistas y liberales<sup>51</sup>, si bien no se puede reclamar ni reprochar que se sostengan determinados puntos de vista sobre cómo debería ser una organización correcta, se puede, sin embargo, reclamar del ciudadano el respeto de orden jurídico como tal.<sup>52</sup> La obediencia a las normas democráticamente concebidas es el precio que se debe pagar para vivir en sociedad<sup>53</sup>. El ciudadano debe colaborar para el sostenimiento de ese orden que el ya ha demostrado que quiere. De otra manera, él sólo gozaría de los beneficios de una sociedad organizada, sin tener obligaciones al respecto. Como ciudadano, él no es sólo “destinatario” de ese orden, sino también su “sustentador”<sup>54</sup> y esa obligación de sustentación es lo concretamente se puede pretender comunicar con la pena.

## B) Ventajas

Además de su justificación como tal, esta teoría tiene otras ventajas importantes frente a la teoría que quiere difundir los valores contenidos en cada norma. En concreto, esta teoría no fomenta bajo ningún punto de vista el *statu quo* y, con ello, no detiene el desarrollo social ni el del propio Derecho. No se trata pues de la paralización de las ideas (como sí lo quiere la prevención general positiva moralizadora), sino sólo del control de conductas por medio de la comprensión de la importancia ordenadora del Derecho en la sociedad, siempre que sea democrático.<sup>55</sup> La libertad de pensamiento es promovida por el Estado allí dónde éste no fomenta ninguna opinión más que otra, pero, a la vez, garantiza que estas puedan ser expresadas bajo condiciones aceptables. De esta manera se pueden respetar y conservar las opiniones de cada individuo, de los jóvenes y de las distintas minorías y, al mismo tiempo, reclamar que ellos traten de encauzar sus

<sup>51</sup> CALLIESS, *NJW*, 1989, pp. 1338 y ss.

<sup>52</sup> KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, p. 702; EL MISMO *Festschrift für Schroeder*, 2006, pp. 81, 86 y ss.

<sup>53</sup> PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 90.

<sup>54</sup> PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 82 y s.

<sup>55</sup> Así también OTTO, *ZStW* (87), 1975, pp. 541, 565: “Puesto que la norma jurídica está dirigida a un comportamiento gobernable, ella no puede pretender una determinada actitud interna (*Einstellung*), por ejemplo, el sentimiento de pertenencia (*Verbundenheit*), pero si una actitud externa que facilite el contacto social”.

intereses por medio del proceso democrático de creación de normas.<sup>56</sup> Eso genera lo que podríamos llamar un *ejercicio en el respeto por una sociedad democrática*, que constituye, hasta ahora, el mejor sistema de gobierno conocido.

Pero también los extranjeros, sobre todo cuando provienen de otras culturas, que no pueden participar del proceso de conformación de normas, deben respetar el Derecho. Esta concepción de norma no va intentar, sin embargo, que ellos renuncien a sus ideologías o las modifiquen.<sup>57</sup> De todas maneras, ellos deben saber que mientras están en otra sociedad deben respetar el derecho como sistema fijo de organización social, sin que lo que ellos opinan sobre el contenido que está detrás de cada norma juegue algún rol.

### C) Problemas

Esta concepción también encuentra críticas. Algunas de éstas han sido aducidas expresamente, otras pueden ser vislumbradas.

Se podría objetar, en primer lugar, que esta teoría es demasiado restrictiva, pues en el Derecho penal nuclear, sobre todo en los casos de delitos contra la vida o contra la libertad sexual el quebrantamiento de la norma significa el no reconocimiento del ser humano como tal y eso sería algo en si mismo indiscutiblemente reprochable.<sup>58</sup> Se puede decir que el no reconocimiento del otro destruiría incluso las bases de la democracia y del Estado de Derecho, pues ambos se asientan sobre el principio de igualdad de las personas. Si ese fuera el caso quizás se debería reconocer que en estos supuestos se puede pedir algo más que el simple reconocimiento del Derecho. Pero, normalmente, no se trata de eso, sino de las condiciones bajo las cuales una norma general puede ser excepcionalmente dejada de lado para actuar, sobre todo de cuándo una conducta se puede considerar justificada. Allí también debe tener su lugar el Derecho y explicar bajo que circunstancias un tipo penal puede dejar de ser tenido en cuenta como una razón para actuar. Pero eso, precisamente, debe ser decidido a través de un proceso democrático<sup>59</sup>.

**Contra la teoría de la prevención general aquí expuesta se podría aducir**, además, que el Estado en este caso reclama de los ciudadanos más de lo que *Kant* entendía por legítimo y que, por las mismas razones que *Kant* expuso, ello sería inaceptable.

---

<sup>56</sup> Algo así CALLIESS, *NJW*, 1989, 1342: "... producir seguridad *jurídica*, para se puede puedan desarrollar las fuerzas innovadoras necesarias para la supervivencia de la sociedad". También DUFF, en EL MISMO, *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge, 1998, p. 182.

<sup>57</sup> SILVA-SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2. ed., Madrid, 2001, 108 ss.

<sup>58</sup> Así antes KINDHÄUSER, *GA*, 1989, p. 503; de otra opinión después EL MISMO *ZStW* (107), 1995, p. 704, n. 8.

<sup>59</sup> Cfr. DUFF, en EL MISMO, *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge, 1998, p. 184.

*Kant* afirmaba que legalidad es sólo “la coincidencia o no coincidencia de una conducta con la ley, sin considerar los motivos de la misma”. Moralidad, en cambio, se corresponde con “la idea” de que el “deber que surge de la leyes es, al mismo tiempo, el motivo de la conducta”<sup>60</sup>. Pero esta distinción, que es completamente válida y que no está en absoluto cuestionada por esta teoría, sólo tiene fuerza mientras el sujeto se mantenga en la legalidad. Cuando el sujeto ha pasado ese límite, la indagación del contacto de su conducta con el Derecho es decisiva para penar,<sup>61</sup> si es que se quiere poder legitimar la pena frente al ciudadano concreto. Si el Derecho debe ser un motivo para actuar, lo que se pretende con esta teoría es recalcar *antes* del hecho ese valor, *porque* el respeto de la norma como parte del orden jurídico, (además del miedo a la sanción según la prevención general negativa), *debe y puede ser decisivo para la no comisión de un delito*.<sup>62</sup> Con esto no se viola la distinción kantiana de ninguna manera.

Cuando se comprende que cada individuo tiene por lo menos dos razones para no violar una norma, miedo y comprensión, no es obvio que se puedan proteger bienes jurídicos a través del miedo y no de la educación.<sup>63</sup> La teoría de la prevención educación, además de ser, a la larga, más estable que una pena orientada sólo negativamente<sup>64</sup> y funcionar en lugares dónde la intimidación no funciona, es una teoría que, como ha sido aquí delimitada, aun es defendible en un Estado liberal, si es que no se quiere cuestionar la propia existencia del Estado como tal.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> *Metaphysik der Sitten*, p. 324 y s. Para una crítica de la posición kantiana sobre la relación entre ciudadano y derecho MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 49 y ss., pp. 188 y ss.

<sup>61</sup> KUHLEN, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 55 y ss. Con otra fundamentación, pero con el mismo resultado SCHMIDHÄUSER, en LACKNER (comp.), *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 81, 90 y ss.; KÜHL, en JUNG/MÜLLER/NEUMANN (comp.) *Recht und Moral*, 1991, p. 139; ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, p. 91.

<sup>62</sup> En contra KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, p. 327: “La fidelidad al derecho no se exige positivamente; sólo se toma a mal con un reproche de culpabilidad su carencia manifestada en el quebrantamiento de la norma”. Yo no me puedo adherir a ello. Cada reproche significa el no reconocimiento de algo bueno. No se puede reprochar el quebrantamiento de una norma como tal si la norma carece de un significado positivo, que haya debido ser reconocido positivamente.

<sup>63</sup> Al respecto KUHLEN, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 62: “Ella [la prevención general positiva en general] conduce hacia una imagen marcadamente más adecuada desde el punto de vista empírico que la teoría de la prevención general negativa, que sólo entiende a la conducta como una mera maximización situativa y calculada de beneficios. Existen muchas personas que simplemente no se comportan de esa manera”. Similar Díez RIPOLLÉS, en EL MISMO, *Política Criminal y Derecho Penal*, pp. 75 y 90.

<sup>64</sup> Así, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 35 y s.

<sup>65</sup> Cfr. VON HIRSCH, *Die Fairness, Verbrechen und Strafe*, 2005, p. 64.

### 3. Diferencia entre la creación de normas y su confirmación a través de la pena

En contra de la de prevención educación como respeto por el Derecho se puede argüir aún una tercera objeción. Se podría decir que esa prevención educación, así como ha sido descrita, es completamente formal. Eso significaría, en primer lugar, que ella no puede brindar ninguna ayuda para determinar qué tipo de derecho subjetivo o bien jurídico se debe proteger.<sup>66</sup> Segundo, ella no podría dar cuenta de los diferentes montos de pena. El quebrantamiento de una norma como parte del sistema jurídico sería siempre sólo eso, el quebrantamiento de una norma, con independencia de su contenido.

En contra de la primera objeción se puede repetir aquí lo que muchas veces ha sido dicho: ninguna teoría de la pena nos puede decir qué es lo que debemos proteger por medio de la pena.<sup>67</sup> Como afirma con acierto *Roxin*, la teoría de la prevención general positiva comparte esa carencia de no poder determinar con claridad el ámbito de lo punible con las teorías de la retribución y de la resocialización<sup>68</sup> y, en realidad, con todas las teorías de la pena. Lo que se protege a través de la pena es diacrónica y sincrónicamente contingente, del mismo modo que la manera en que se hace varía en el tiempo y en el espacio. Los bienes dignos de protección pueden cambiar<sup>69</sup> y el método para su protección puede quedar igual y, a la inversa, también puede variar el método mientras los valores de la sociedad permanecen sin modificación. La determinación de los límites al poder penal del Estado en referencia a lo que se puede proteger por medio de la pena es una tarea de la teoría del bien jurídico y no de la teoría de la pena. Así, por ejemplo, si la homosexualidad se considerara algo socialmente inaceptable podría ser castigada tanto con argumentos preventivos como con argumentos retributivos. De la misma manera, bajo una teoría liberal como la prevención general negativa se pueden querer evitar tanto homicidios como la práctica de sexualidad antes del matrimonio, siempre que esto se considere socialmente valioso.

La mejor forma de demostrar esto es someter a prueba a la teoría que aparentemente mejor puede cumplir esa supuesta función limitadora: la teoría

<sup>66</sup> MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 67 y ss.; DUBBER, *ZStW* (117), 2005, p. 498; GARCÍA-PABLÓS DE MOLINA *Derecho Penal*, p. 151: la prevención general positiva es "tecnocrática", "legitimadora" y "acrítica".

<sup>67</sup> Cfr. ROXIN, en EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1972, pp. 1, 9 y ss.; KINDHÄUSER, *GA*, 1989, pp. 493 y ss.; SANCINETTI, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (16), 2003, pp. 49, 52, con referencias ulteriores.

<sup>68</sup> ROXIN, en EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1972.

<sup>69</sup> Al respecto SCHÜENAMANN, *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1, 27 y ss.; también LÜDERSEN en HASSEMER/LÜDERSESEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, pp. 59-62.; ASHWORTH, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 69; EL MISMO, *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., 2003, p. 4 y s.

retribucionista de la pena<sup>70</sup>. Así, se afirmaría que con esta teoría sólo se puede penar aquello que pueda ser retribuido. Pero precisamente esa afirmación deja en claro que lo que se puede retribuir no puede ser determinado por la teoría de la retribución. También ella necesita de una estructura conceptual independiente que determine qué objeto es bueno y, por ello, debe ser reconocido, para recién luego poder retribuir. Así, las prácticas sexuales prematrimoniales no sólo no se penan porque son una cuestión privada, sino también porque para las sociedades occidentales actuales eso ni siquiera es incorrecto.

No obstante, existe una influencia recíproca entre pena y bienes jurídicos,<sup>71</sup> pero no en el sentido de que lo digno de protección se pueda derivar del fin de la pena, sino en el sentido de que los efectos reales de la pena nos pueden indicar hasta donde se puede llegar con la protección de bienes jurídicos.<sup>72</sup> Si la pena no tiene una tarea metafísica, sino empírica, se debe evaluar como es su funcionamiento. Si se tiene en cuenta que la pena significa infligir dolor y que ello, en un Estado laico, no es algo deseable en sí mismo, sino una amarga necesidad para evitar así males mayores, se deben apreciar cuales son los costos y beneficios de ese instrumento. Una pena ideal podría ser utilizada quizás para todo.<sup>73</sup> Puesto que ella no se corresponde ni por asomo con esa imagen utópica, se debe ser cuidadoso en su utilización. Es decir, se la debe utilizar sólo como *ultima ratio*.

Las dudas sobre la efectividad de la prevención general positiva y las consecuencias de la pena sobre el sujeto penado pueden, entonces, tener influencia respecto de lo que se debe proteger por medio de ella. Pero esa influencia no nos dice nada sobre los valores que indican qué es lo que se debe proteger.<sup>74</sup> Por el contrario, sólo nos indica cuán lejos se puede ir con la pena en la realización de la tarea de protección de bienes jurídicos, si se la quiere utilizar para la protección de todos los bienes jurídicos o sólo para los más importantes. Cuáles son los objetos de protección más importantes no se puede deducir, por el contrario, ni de la teoría ni de la realidad de la pena.

---

<sup>70</sup> Eso afirma, por ejemplo, VON HIRSCH, *Die Fairness, Verbrechen und Strafe*, p. 51.

<sup>71</sup> ROXIN, "Sinn und Grenzen", en EL MISMO *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1972, pp. 12 y ss.

<sup>72</sup> También OTTO, *ZStW* (87), 1975, p. 566.

<sup>73</sup> Correctamente BAURMANN, *GA*, 1994, p. 369. "Si la pena es un *argumento* con el que se puede convencer al ciudadano, ¿por qué no se debería alegar ese «argumento» regularmente?"

<sup>74</sup> Es correcto que los bienes materiales se pueden derivar de nuestros valores morales. Al respecto DEVLIN, en DWORKIN (comp.), *The Philosophy of Law*, 1997, pp. 65, 69 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 161. Los valores morales no pueden, sin embargo, ser ellos mismo el objetivo de la pena; por ello incorrecto DEVLIN, *ibídem*, pp. 71 y ss.

#### ***4. Complementación necesaria entre la prevención general positiva y la prevención general negativa***

La segunda parte de la crítica en contra del formalismo de esta teoría debe ser, sin embargo, admitida. El concepto de prevención educación, como ha sido determinado, es un concepto completamente formal, que no puede explicar, *ceteris paribus*, los diferentes montos de la pena.<sup>75</sup> Se podría argüir que en el momento de decisión ya se ha determinado qué se quiere proteger con la pena y cuánto se desea invertir en ello de acuerdo a nuestros valores.<sup>76</sup> Pero cuando el fin de la pena es conservar la norma y, en esa tarea, se trata sólo de la norma como parte del sistema jurídico y no del reconocimiento del valor que cada norma tiene detrás suyo ¿cómo se puede decir, otra vez *ceteris paribus*, que el quebrantamiento de algunas normas debilitan el Derecho más que el de otras y que, por ello, es necesario anunciar e imponer una pena mayor?<sup>77</sup>

La explicación de la necesidad de pena de acuerdo a esta teoría es, resumidamente, la siguiente. Aun frente a aquellos que están dispuestos a seguir la norma por comprensión, el Derecho debe demostrar que tiene poder de existencia e imposición. Éste perdería su realidad si ante aquellos que *no* quieren seguir el Derecho por esos motivos no pudiera proporcionar otro para seguirlo y, así, permitiera que éstos cuestionaran la norma cada vez que quisieran. Lo mismo sucedería cuando al quebrantamiento de una norma no sucediera ninguna pena.<sup>78</sup> En esos casos no habría ningún derecho objetivo que pueda ser seguido. Éste, por su absoluta incapacidad de cumplir su función de coordinación perdería todo valor y, de ese modo, dejaría de ser una razón para actuar.<sup>79</sup> La educación prevención tiene una función razonable cuando logra fidelidad al Derecho por parte de aquellos que no están de acuerdo con el contenido normativo particular. La utilidad del modelo de orientación tiene plena efectividad cuando todos saben lo que tienen que hacer y ello, finalmente – *y esto es decisivo* –, desemboca en una disminución de conductas criminales o impide su aumento.<sup>80</sup> Se trata, entonces, “de mostrar la inquebrantabilidad del orden jurídico [...] ante la comunidad jurídica y, al mismo

<sup>75</sup> JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn entre otras 2004, p. 27.

<sup>76</sup> Sobre este tipo de argumentación claro BAURMANN, en EL MISMO/KLIEMT (comp.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, pp. 109, 116 y ss..

<sup>77</sup> KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, pp. 732, y PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 91 y ss. parecen no reconocer este problema y hablan del “grado de deslealtad” o de la “dimensión del injusto”.

<sup>78</sup> KUHLEN, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 55; Díez RIPOLLÉS, en EL MISMO, *Política Criminal y Derecho Penal*, pp. 73 y ss.

<sup>79</sup> PUPPE, en SAMSON (comp.), *Festschrift für Gründwald*, pp. 477 y ss.; KINDHÄUSER, *Festschrift für Schroeder*, 2006, p. 84.

<sup>80</sup> Esto ha sido nuevamente reconocido por JAKOBS. No alcanza con tener expectativas normativas. Es necesario una cierta efectividad, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 26 y ss..

tiempo, de evitar en el futuro conductas lesionadoras del Derecho similares<sup>81</sup>. Así se puede explicar la necesidad de pena para la prevención educación en Derecho. Los diferentes montos de pena, todavía no.

No todos los ciudadanos, como se dijo, se comportan de conformidad a la norma por mera comprensión. Los hombres no son “ángeles”.<sup>82</sup> Por eso es necesario, además, que sean intimidados por el Derecho a través de la pena.<sup>83</sup> El grado de necesidad de la amenaza de pena será determinado de acuerdo a su fin último: protección de bienes jurídicos y, en concreto conforme el grado de importancia del bien a proteger.<sup>84</sup> Con el monto de la pena se intenta proporcionar al autor potencial sensaciones de displacer o razones prudenciales para que no cometa un delito. Mientras más importante es un bien en la sociedad, más elevado será el monto de amenaza de pena, porque la víctima debe poder partir de la idea de que sus bienes más importantes tienen una menor probabilidad de ser amenazados que los que tienen un valor inferior. Desde ese punto de vista, se puede argumentar que los valores de los bienes jurídicos tienen relevancia para el monto de la pena<sup>85</sup>. Pero, al contrario de la teoría de la retribución o de la teoría que pretende inculcar valores morales, para determinar el monto de la pena de acuerdo a los valores de los bienes jurídicos, no se puede tener en cuenta al autor potencial (como valores que él reconoce o debe reconocer). El autor será tenido cuenta, en la medida que el debió haber reconocido el valor de la norma *jurídica* democrática, sólo para el “sí” (abstracto o concreto) de la pena, porque aquí se resalta el valor del orden jurídico. El “cuánto” de la pena, por el contrario, es determinado de acuerdo a los puntos de vista de la sociedad entendida como víctima. Lo que debe ser protegido se denomina bien jurídico, y el grado de necesidad de protección se establece en el momento de deliberación, pero siempre desde la perspectiva de la víctima.<sup>86</sup> Sólo así se pueden determinar los diferentes montos de pena.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> BGHSt 24, 40, 44.

<sup>82</sup> Sobre la indispensabilidad de la prevención general negativa, SCHÜENAMANN, en PRITWITZ (comps.), *Festschrift für Lüderssen*, 2002, p. 342; VON HIRSCH, *Die Fairness, Verbrechen und Strafe*, p. 54.

<sup>83</sup> Así hoy también JAKOBS: “...sostenimiento del aspecto cognitivo de la validez de la norma es el fin de la pena, de acuerdo a ese fin se debe determinar su medida...”, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 30.

<sup>84</sup> SCHÜENAMANN, GA, 2001, p. 221, EL MISMO, en EL MISMO/DUBBER (comps.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, 2000, pp. 1, 3 y s.; BAURMANN, en EL MISMO/KLIEMT (comp.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, p. 149.

<sup>85</sup> Cfr. SCHÜENAMANN, en GARCÍA (comps.), *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 986. También detalladamente al respecto VON HIRSCH/JAREBORG, *Oxford Journal of Legal Studies* (11), 1991, pp. 1 y ss. En la página 16 ellos destacan, que la teoría del *Living-Standard Analysis* no tiene una conexión directa con la fundamentación utilitarista de la pena. Pero si no se quiere caer una teoría retributiva de la pena, esos bienes deben tener alguna relación con la necesidad de protección de acuerdo a su importancia.

<sup>86</sup> Al respecto, OTTO, *ZStW* (87), 1975, pp. 557, 567.

<sup>87</sup> SCHÜENAMANN, en EL MISMO/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 118, EL MISMO, en EL MISMO/DUBBER (comps.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*,

Considerando ambos puntos de vista, comprensión e intimidación, es que las normas tienen eficacia práctica. Por consiguiente, recién allí las normas adquieren significado para la potencial víctima. La prevención educación no sólo tiene significado para el ciudadano que tiene el propósito de realizar una conducta prohibida, sino también para aquellos que también pretenden ejecutar conductas, cuya realización depende de la omisión de las conductas descritas en la ley.<sup>88</sup> Las expectativas de no ser atacado (por ejemplo en una visita nocturna a un parque) sólo pueden ser medianamente aseguradas si la víctima potencial puede partir de la base de que tampoco será atacada por parte de los ciudadanos que no pretenden seguir la norma por comprensión. “[N]o puede ser demasiado probable que uno, en la utilización de sus derecho, sea víctima de un delito”<sup>89</sup>. Sólo la prevención general negativa, esto es, la que entiende a la pena como una intimidación como medio para la protección de bienes jurídicos, puede comprender el monto de la amenaza de pena,<sup>90</sup> si es que la prevención educación no implica incluir valores extra jurídicos.

Esa complementación de la teoría de la prevención educación con la prevención general negativa puede dar cuenta, además, de una manera más acabada, de la dimensión negativa de la pena.<sup>91</sup> La imposición de pena es un daño que cuando es anunciado provoca miedo (por lo menos al autor potencial). Tampoco se debe olvidar que ese daño es el objetivo inmediato de la pena, a diferencia de las medidas de seguridad. Es cierto que las medidas de seguridad provocan, de una manera penosamente frecuente, también dolor. Sin embargo, ese es un efecto secundario,

---

p. 1 y s.; EL MISMO, en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO, *Coimbra Symposium für Claus Roxin*, 1995, pp. 149, 166. Él no ve aquí ninguna necesidad de complementación entre ambas teorías, pues entre ambas existe una “relación de combinación”, pues estima aceptable la teoría de la prevención general moralizadora. En cualquier caso, una teoría de la determinación legal de la pena en base a estos criterios no implica la desatención de la idea de proporcionalidad. La pena no puede superar el límite (autoreferente, pero útil) de la culpabilidad. Este constituye, sin embargo, un parámetro deontológico, cuyo razonamiento sigue principios diferentes de los vistos hasta aquí. Cfr. al respecto *infra*. De la misma manera, tampoco implica la violación del principio de igualdad, pero esto es algo sobre lo que no se puede profundizar aquí.

<sup>88</sup> Al respecto, por todos, JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm. 1/4 y ss.; además WELZEL, *Festschrift für Henkel*; OTTO, *ZStW*, 1975, p. 565.

<sup>89</sup> JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29.

<sup>90</sup> Se es conciente de los problemas empíricos de la prevención general negativa, pero su tratamiento y justificación necesitaría de un tratamiento por separado, el cual, de hecho, en principio, ya ha sido realizado. Cfr. al respecto, entre muchos otros, HASSEMER/LÜDERSESEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, pp. 9, 39, SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., 1971, p. 53; EL MISMO, *Festschrift für Wolff*, pp. 444 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 100 y ss., pp. 104 y ss.; HASSEMER, en SCHÜNEMANN/HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, pp. 29, 34 y ss., 39 y ss.; ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, pp. 34 y ss., pp. 41 y ss.

<sup>91</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, en SILVA SÁNCHEZ (comp.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 101 y ss., EL MISMO, en EL MISMO (comp.), *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 24: “... el daño de la pena no se impone a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso”; también PUPPE, en SAMSON (comp.), *Festschrift für Grundwald*, p. 475. Eso parece ser olvidado por KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, pp. 716 y 731.

cuya desaparición es totalmente deseable. En el caso de la pena, por el contrario, la desaparición del dolor sería una *contradictio in adjecto*.<sup>92</sup>

La pena comprende, entonces, dos puntos de vista: uno comunicativo, el reconocimiento del orden jurídico, y otro intimidatorio<sup>93</sup>. La teoría de la prevención general negativa es una teoría liberal de la pena,<sup>94</sup> que puede dar cuenta de la realidad de la pena, sin que por ello se deba renunciar a la parte comunicativa de ésta.

### ***5. Vinculación entre la prevención general positiva como fin de la pena y los límites al poder estatal***

El problema de las condiciones para la sanción, derechos fundamentales del individuo o también llamados límites al poder estatal ha sido, paradójicamente, vinculado con la prevención general positiva y, en concreto, de dos maneras: Por un lado, se lo ha introducido en la discusión sobre qué es lo que se quiere enseñar con la pena y se han tratado esas condiciones como un objetivo de ésta. Por otro, su existencia y respeto ha sido entendida como un medio necesario para que los fines prevención general positiva sean eficaces o más eficaces. En lo que sigue, se van a analizar en pocas palabras ambas posiciones y se tomará una posición al respecto.

El primer punto de vista ha sido introducido en la discusión sobre la prevención general positiva por Hassemer.<sup>95</sup> Según sus palabras "...Derecho penal y pena..." deben servir "...como *ejemplo* normativamente fundado del tratamiento humano de la desviación...".<sup>96</sup> Teniendo en cuenta ese objetivo, el Derecho penal no puede solamente considerar el "aspecto criminalizante" de su intervención, sino también "el proceso de descriminalización". Por consiguiente, el Derecho penal debe observar también los "límites internos del control de la delincuencia".<sup>97</sup>

Ante esta afirmación se plantea la pregunta de si realmente es una actividad del Estado educar a los ciudadanos con respecto a como ellos deben tratar las conductas desviadas. Esto puede significar dos cosas: o bien que la pena tiene como

---

<sup>92</sup> NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 203 y ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 15; en contra OTTO, *ZStW* (87), 1975, p. 587.

<sup>93</sup> KUHLEN, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 62 y s.

<sup>94</sup> Cfr. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 92 y ss., "Sea como fuere, la idea de la prevención general negativa se basa en un modelo liberal tendencialmente antifeudal".

<sup>95</sup> Así HASSEMER, *Einführung*, pp. 323, 326 y ss.; EL MISMO, en SCHÜNEMANN/HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 46.

<sup>96</sup> El destacado pertenece al original.

<sup>97</sup> HASSEMER, *Einführung*, p. 322.

destinatarios sólo a los ciudadanos cuya actividad tiene que ver con el tratamiento de conductas penalmente desviadas (jueces, policías, etc.) y exige de ellos la comprensión de los límites al poder estatal, o bien a todos los ciudadanos y en referencia a cualquier caso de conductas desviadas, es decir, las que no dependen de ellos (las que realizan los organismos estatales) y las que dependen de ellos (las de su vida privada).

Es claro que *Hassemer* no se refiere a lo primero. Si fuera así, no se trataría de otra cosa más que de la prevención educación como ha sido aquí analizada, sólo que en referencia a las normas penales que tiene que ver con el tratamiento de conductas desviadas: confirmación de la norma como una razón para actuar. Pero si se tratara de lo segundo, volveríamos otra vez a un Derecho penal iliberal. Cómo trata la gente en su vida privada el comportamiento desviado no es una cuestión que el interés al Estado, mientras el ciudadano no cometa ningún delito. Si las personas, cuando tienen inconvenientes entre ellas se otorgan derecho defensa previo a una sanción social o si ellas deciden imparcialmente no es asunto del Estado, por más deseable que fuese que se reconozcan esos derechos.

Marginalmente deseo mencionar, además, que, así entendida, esta finalidad de la pena no puede explicar la pena en sí, a pesar de que a veces pareciera ser su objetivo. Ella da cuenta del *Derecho* penal como método de racionalización del poder estatal y de cómo este debe ser para lograr ciertos efectos. Sin embargo, la justificación de la pena no está allí.<sup>98</sup> Ella es presupuesta incluso por *Hassemer* y, en concreto, de acuerdo a la prevención general positiva como confirmación de las normas.<sup>99</sup>

Con la segunda postura, las garantías individuales son tenidas en cuenta, porque ello es útil para lograr los objetivos de la pena. Se afirma, en este sentido, que, "en general, la pena que tiene los mejores efectos preventivo generales, es aquella que es sentida como justa"<sup>100</sup>, esto es, "...cuando su contenido aparece como razonable y justo [...], cuando está, dentro de lo posible, en armonía con la conciencia jurídica general"<sup>101</sup>, y que "[u]n golpe brutal sin consideración de la culpabilidad y de la autoría sería una barbarie inútil que no sería entendida"<sup>102</sup> o que "...sentencias desproporcionadas... serían rechazadas como injustas por aquellos que son susceptibles de ellas"<sup>103</sup>. Se reconoce, con todo, que para el caso individual puede

<sup>98</sup> MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 69, 75 y ss., en particular p. 76 y s.

<sup>99</sup> HASSEMER, *Einführung*, pp. 318 y ss.

<sup>100</sup> NOWAKOWSKI, en HOHENLEITNER (comp.), *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 55, 86.

<sup>101</sup> NOLL, en GEERDS/NAUCKE (comp.), *Festschrift für Mayer*, 1965, pp. 219, 223. Al respecto también BAURMANN, *GA*, 1994, pp. 376 y ss.; MÜLLER-DIETZ, *Festschrift für Jescheck*, t. II, 1985, p. 824; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 38 y s.

<sup>102</sup> DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, p. 42.

<sup>103</sup> ASHWORTH, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.) *Positive Generalprävention*, p. 21.

ser fastidioso cuando un supuesto autor es dejado en libertad, sólo porque no se han cumplido con un determinado requisito legal, pero ante ello se contesta que "... a largo plazo esto es muy tranquilizante, porque transmite la seguridad de que solamente el verdadero culpable...será condenado".<sup>104</sup>

Esta cadena argumentativa parece plausible. Si es completamente correcta es, a pesar de ello, dudoso. Quizás fuera un cien por ciento correcta, si se parte de una población *completamente informada y homogénea*. Si ese no es el caso, alcanza con que el Estado trate así las conductas delictivas *por regla general*<sup>105</sup> o que ese tratamiento *aparezca* como justo. El que excepcionalmente un Estado democrático pueda dejar de lado un sistema de reglas, también parece indefendible.<sup>106</sup> Decisivo es para esta discusión, de todos modos, que ambas argumentaciones se pueden separar;<sup>107</sup> es decir, "que ambos criterios de justificación [o legitimación] de la pena existen de manera independiente"<sup>108</sup>. Por un lado, el argumento *utilitarista* del fin de la pena y, por el otro, el otro, *deontológico*, de los límites al poder estatal<sup>109</sup>. Una coincidencia entre ambos, si existiera, sería, entonces, casual.<sup>110</sup> Recalcar esto vale tanto para aquellos que creen haber encontrado límites al Estado a través de los fines de la pena,<sup>111</sup> como para aquellos que critican a la prevención general positiva como tal, porque no ofrece dichos límites.<sup>112</sup> ¡El fin de la pena no consiste en encontrar sus propias restricciones! Y los límites no están allí, porque alguna teoría de la pena los puede explicar en base a argumentos preventivos. Los límites que protegen al individuo del poder estatal se encuentran fuera de la argumentación utilitarista.

<sup>104</sup> KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, p. 507.

<sup>105</sup> Alcanza con que el Estado tenga una doble moral. Al respecto críticamente HÖRNLE/VON HIRSCH, GA, 1995, pp. 268 y s., MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 65.

<sup>106</sup> Cfr. SCHÜENAMANN, EL MISMO/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 120; RAWLS, en FREEMAN (comp.), *Collected Papers*, 1999, pp. 21 y ss., 29 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, *Derecho penal parte general*, 4ª ed., 1996, p. 747.

<sup>107</sup> Así son los análisis de ROXIN, en EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1972, p. 14; BAURMANN, en EL MISMO/KLIEMT (comp.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, p. 114, SCHMIDHÄUSER, en ZACZYK/KÖHLER/KAHLO (comps.), *Festschrift für Wolff*, p. 458, LÜDERSEN, en HASSEMER/LÜDERSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, p. 59 y ss.

<sup>108</sup> KUHLEN, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, pp. 59 y 61. Ellas tiene una "relación contingente"; HASSEMER, en SCHÜNEMANN/HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 37. Así también HART, *Punishment and Responsibility*, 1995, p. 12.

<sup>109</sup> NINO, *Ética y Derechos humanos*, 2ª ed., 1989, p. 261; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 240 y s.; NAUCKE, en HASSEMER/LÜDERSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 9, 21 y ss., HASSEMER, *Hauptprobleme der Generalprävention*, p. 51; VON HIRSCH, *Die Fairness, Verbrechen und Strafe*, p. 41; PUPPE, en SAMSON (comp.), *Festschrift für Grundwald*, p. 482.

<sup>110</sup> SCHÜENAMANN, en SCHÜNEMANN/HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, p. 116; RAWLS, *A Theory of Justice*, pp. 27 y 138 y s., CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, p. 39 y ss.

<sup>111</sup> Por ejemplo JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de derecho penal*, 1997, p. 98.

<sup>112</sup> MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 67 y ss.; FLETCHER, *ZStW* (101), 1989, p. 817 y ss..

Muy por el contrario, recién cuando estos han sido determinados pueden entrar en juego este tipo de razonamiento. Es decir, no son disponibles y no pertenecen, por eso, ni al momento de decisión ni al momento de ejecución de la democracia, a pesar de que para su determinación el proceso democrático resulte ser el más apropiado.<sup>113</sup>

## 6. *Resumen*

Lo que aquí se quiere decir es, en pocas palabras, lo siguiente:

Primero, que la prevención educación es un objetivo admisible de la pena. Pero sólo cuando la educación es entendida en relación al Derecho y no en relación a los valores contenidos detrás de cada norma. El problema no es, entonces, la educación en sí misma, sino su objeto. La educación en los valores del orden jurídicos es todavía un objetivo liberal de la pena, si se ejerce sobre ciudadanos.

La prevención educación en Derecho es, además, el único objetivo de la pena que puede dar cuenta del Derecho como una nueva razón para la acción. Por consiguiente ella cumple esa función, cuando los ciudadanos comprenden que la norma debe ser respetada, porque ella ha sido elaborada de manera formalmente legítima y porque, por ende, pertenece a un sistema jurídico.

La norma jurídica como una nueva razón para la acción encuentra su justificación ante el individuo que no está de acuerdo con el contenido de la norma, en que el derecho, como coordinación, es lo único que nos permite vivir en sociedad.

Del concepto de la prevención general positiva como prevención educación no se pueden derivar ni los bienes jurídicos que deben ser protegidos ni el monto de pena. Por ello es necesaria la complementación de esta teoría con la teoría de los bienes jurídicos y por la teoría de la prevención general negativa.

Los límites a la imposición de la pena no deben ser analizados cuando se estudian los fines de la pena. Su consideración no puede ser ni un fin de la pena ni un presupuesto para su efectividad. Los límites están fuera del pensamiento utilitarista y, así, pertenecen a los derechos fundamentales asegurados de cada ciudadano con independencia de sus consecuencias.

---

<sup>113</sup> Cfr. NINO, *DOXA* (5), 1988, pp. 87, 104.

## 7. *Lista de bibliografía*

- AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a M. 1972.
- ANDENAES, Johannes, *Punishment and Deterrence*, Michigan 1974.
- ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., Oxford 2003.
- ASHWORTH, Andrew, "Was ist positive Generalprävention", en SCHÜNEMANN, Bernd / VON HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils (comps.) *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1996, p. 65 y ss.
- BAURMANN, Michael, "Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention", *GA* (8), 1994, p. 368 y ss.
- BAURMANN, Michael, "Strafe im Rechtsstaat" en EL MISMO / KLIEMT, Harmut (comp.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Freiburg-München 1990, p. 109 y ss..
- BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Torino 1996.
- CALLIESS, Rolf-Peter, "Strafzwecke und Strafrecht", *NJW*, 1989, p. 1338 y ss.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomas Salvador, *Derecho penal, parte general*, 4ª ed., Valencia 1996.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977.
- DAHM, Georg/SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933.
- DEVLIN, Patrick, "Morals and the Criminal Law" en DWORKIN, Ronald (comp.) *The Philosophy of Law*, Oxford 1997, p. 65 y ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en el mismo *Política Criminal y Derecho Penal*, Valencia 2004, p. 59 y ss.
- DUBBER, Markus, "Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht", *ZStW* (117), 2005, p. 498 y ss.
- DUFF, Antony, "Principle and Contradiction in the Criminal Law", en EL MISMO, *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge 1998, p. 156 y ss.
- EBBINGHAUS, Julius, "Positivismus - Recht der Menschheit - Naturrecht - Staatsbürgerrecht", en MAIHOFER, Werner (comp.) *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1962, p. 300 y ss.
- EISENBERG, Ulrich, *Kriminologie*, 5ª ed., München 2000.

ENGISCH, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München 1971, p. 91.

FLETCHER, Georg P., "Utilitarismus und Prinzipiendenken in Strafrecht", *ZStW* (101), 1989, p. 817 y ss..

FRISTER, Helmut, *Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“*, Berlin 1993.

FROMMEL, Monika, "Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941", *JZ*, 1980, p. 559 y ss.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal*, Madrid 2000.

GUARINONI, Víctor Ricardo, "Juridical Norms and the Unity of Practical Reasoning", *ARSP* (87), 2001, p. 56 y ss..

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford 1995.

HASSEMER, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., München 1990.

HASSEMER, Winfried, "Variationen der positiven Generalprävention" en SCHÜNEMANN, Bernd/HIRSCH, Andrew/JAREBORG, Nils (comps.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1996, p. 29 y ss.

HASSEMER, Winfried, "Generalprävention und Strafzumessung" en HASSEMER, Winfried/LÜDERSESEN, Klaus/NAUCKE, Wolfgang, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a. M. 1979, p. 9 y ss.

HASSEMER, Winfried, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ*, 1989, pp. 553 y ss.

HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, editado por Moldenhauer und Michel, Frankfurt a M. 1986 (original 1832-1845).

HÖRNLE, Tatjana/VON HIRSCH, Andrew, "Positive Generalprävention und Tadel", *GA* (6), 1995, p. 268 y ss.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Berlin-New York 1991.

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn entre otras 2004, pp. 27 y ss.

JAKOBS, Günther, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken", *ZStW* (107), 1995, pp. 837 y ss.

JAKOBS, Günther, "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", *ZStW* (101), 1989, pp. 516 y ss.

JAKOBS, Günther, "Culpabilidad y prevención", en el mismo *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 98 y ss.

KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, comp. por Weischedel, Frankfurt/Main, 1977 (original 1797), A202 f./B232 s.

KINDHÄUSER, Urs, "Personalität, Schuld und Vergeltung", *GA*, 1989, pp. 493 y ss.

KINDHÄUSER, Urs, "Rechtstreue als Schuld-kategorie", *ZStW* (107), 1995, pp. 701 y ss.

KINDHÄUSER, Urs, "Zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht“", HOYER entre otros (comps.), *Festschrift für Schroeder*, 2006, pp. 81 y ss.

KUHLEN, Lothar, "Anmerkungen zur positiven Generalprävention", en SCHÜNEMANN, Bernd/VON HIRSCH, Andrew/JAREBORG, Nils (comps.) *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1996, p. 55 y ss.

KÜHL, Kristian, "Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht - ein Problemaufriss", en JUNG, Heike/MÜLLER-DIETZ, Heinz/NEUMANN, Ulfried (comp.), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, p. 139 y ss.

KÜHL, Kristian, "Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie", *ARSP* (37), 1990, pp. 75 y ss.

LÜDERSEN, Klaus, "Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems" en HASSEMER, Winfried/LÜDERSESEN, Klaus/NAUCKE, Wolfgang, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a. M. 1979, p. 59 y ss.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Estudios Penales*, Barcelona 1991.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona 1994.

MIR PUIG, Santiago, "Der begründende und die Begrenzende Funktion der positiven Generalprävention", *ZStW* (102), 1990, pp. 923 y ss.

MÜLLER-DIETZ, Heinz, "Integrationsprävention und Strafrecht" en VOGLER, Theo, entre otros (comps.), *Festschrift für Jescheck*, t. II, Berlin 1985, pp. 824 y ss.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt a M. 1998.

MÜSSIG, Bernd, *Mord und Totschlag*, 2005.

NAUCKE, Wolfgang, "Generalprävention und Grundrechte der Person" en HASSEMER, Winfried/LÜDERSESEN, Klaus/NAUCKE, Wolfgang, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a. M. 1979, pp. 9 y ss.

NEUMANN, Ulfried, en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans Ullrich (comps.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Baden-Baden 2005, § 17.

- NINO, Carlos, *Ética y Derechos humanos*, 2ª ed., Buenos Aires 1989.
- NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires 1980.
- NINO, Carlos, "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", *DOXA* (5), Alicante 1988, pp. 87 y ss.
- NOLL, Peter, "Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, ein Beitrag zur gesamte Strafrechtswissenschaft" en GEERDS, Friedrich/NAUCKE, Wolfgang, (comps.), *Festschrift für Mayer*, Berlin 1965, pp. 219 y ss.
- NOWAKOWSKI, Friedrich, "Freiheit, Schuld, Vergeltung", en HOHENLEITNER, Sigfried, entre otros (comps.), *Festschrift für Rittler*, Innsbruck 1957, p. 55 y ss.
- OTTO, Harro, "Personales Unrecht, Schuld und Strafe", *ZStW* (87), 1975, pp. 541 y ss.
- PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger*, Berlin 2004.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, Madrid 1990.
- PUPPE, Ingeborg, "Strafrecht als Kommunikation", en SAMSON, Erich, entre otros (comps.), *Festschrift für Gründwald*, Baden-Baden 1999, pp. 469 y ss.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Oxford 1999.
- RAWLS, John, "Two Concepts of Law" en FREEMAN, Samuel (comp.), *Collected Papers*, Cambridge-London 1999, pp. 21 y ss.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford 1994.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., München 2006.
- ROXIN, Claus, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1972, pp. 1 y ss.
- SANCINETTI, Marcelo, "Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución Nacional", *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (16), 2003, pp. 49 y ss.
- SCHEERER, Sebastian, "Atypische Moralunternehmen", *Kriminologische Journal* (1), 1986, pp. 133 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, "Über Strafe und Generalprävention", en ZACZYK, Reiner/KÖHLER, Michael/KAHLO, Michael (comps.), *Festschrift für Wolff*, Berlin-Heidelberg-New York 1998, pp. 443 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, "Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht", en LACKNER, Karl y otros (comps.), *Festschrift für Gallas*, Berlin-New York 1973, pp. 81 y ss.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen 1958.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., Göttingen 1971.

SCHUMANN, Karl F., *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur", en PRITWITZ, Cornelius, entre otros (comps.), *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden 2002, pp. 327 y ss. [= "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía" (trad. Milton Peralta), *InDret Penal* (2), 2008, pp. 1-17, www.indret.com].

SCHÜNEMANN, Bernd, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en SCHÜNEMANN, Bernd, entre otros (comps.), *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 1 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", *GA* (5), 2001, p. 221 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell" en EL MISMO/DUBBER, Markus (comps.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, pp. 1 y s.

SCHÜNEMANN, Bernd, "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", en GARCÍA, Rolando, entre otros (comps.), *Homenaje al profesor Rodríguez Mourullo*, Navarra 2005, pp. 986 y ss..

SCHÜNEMANN, Bernd, "Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie" en EL MISMO/VON HIRSCH, Andrew/JAREBORG, Nils (comps.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1996, pp. 118 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld", en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS, Jorge D., *Bausteine des europäischen Strafrechts Coimbra Symposium für Claus Roxin*, München-Coimbra 1995, pp. 149 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "La culpabilidad: Estado de la cuestión" en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, (comp.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, AAVV, Madrid 2000, pp. 101 y ss.,

SCHMIT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin 1933.

SIEGERT, Karl, "Der Einfluss der Strafzwecke auf Schuld und Strafmaß", *ZStW* (81), 1935, pp. 418 y ss.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Madrid 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992.

STRATENWERTH, Günter, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin-New York, 1995.

VEGA GÓMEZ, Juan, "El positivismo excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de derecho comparado* (110), 2004, pp. 709 y ss.

VON HIRSCH, Andrew, *Die Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin 2005.

VON HIRSCH, Andrew/JAREBORG, Nils "Gauging Criminal Harm: A living-Standard Analysis", *Oxford Journal of Legal Studies* (11), 1991, pp. 1 y ss.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin-New York 1969.

WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlin-Liepzig 1935.

WELZEL, Hans, *Naturrecht und Materielle Gerechtigkeit*, 4ª ed., Göttingen 1990.

WELZEL, Hans, "Das Recht als Gemeinschaftsordnung", en ROXIN, Claus (comp.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Henkel, 1974, pp. 11 y ss.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/SLOKAR, Alejandro/ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires 2002.