

Aporías de la teoría de la pena en la filosofía

Pensamientos sobre Immanuel Kant

Bernd Schünemann

Ludwig-Maximilians-Universität München

Abstract*

La retribución y la prevención son los dos fundamentos de la pena estatal que se encuentran en pugna. A pesar de que un debate entre ambas corrientes es primordial para el Derecho penal, este debate no ha tenido lugar como debiera. Teniendo en cuenta la actual crisis de la teoría de la prevención general positiva, es necesario volver a realizar un análisis crítico de la teoría retributiva de la pena, considerando sus puntos críticos más importantes, reanudando así el diálogo entre ambas.

Retribution and the prevention are the two foundations of state punishment that clash with each other. Even though a debate between both perspectives would be essential for the criminal law, this debate has not yet taken place as it should. Bearing in mind the current crisis of the theory of positive general prevention, it is once more necessary to carry out a critical analysis of the retributive theory of punishment, considering its most important critical points and thus resuming the dialog between both.

Vergeltung und die Prävention sind die zwei im Widerstreit stehenden Grundlagen der staatlichen Strafe. Trotz der fundamentalen Relevanz einer Debatte zwischen diesen beiden Sichtweisen für das Strafrecht, hat eine solche Diskussion bis jetzt nicht wirklich stattgefunden. Angesichts der gegenwärtigen Krise der Theorie der positiven Generalprävention ist es notwendig, sich wieder mit der Vergeltungstheorie kritisch auseinanderzusetzen, so dass man einen Dialog zwischen beiden Theorien wieder herstellen kann.

Title: Aporias of the theories of punishment in Philosophy –Thoughts about Immanuel Kant-
Titel: Aporien der Straftheorie in Philosophie –Gedanken zu Immanuel Kant-

Palabras clave: retribución, prevención, fines del Derecho penal, fines de la pena, libertad y retribución, Kant.

Key words: retribution, prevention, aims of the criminal law, aims of de punishment, freedom and retribution, Kant, Hegel.

Stichwörter: Vergeltung, Prävention, Zwecke der Strafrecht, Strafzwecke, Freiheit und Vergeltung, Kant.

Sumario

- 1. Renacimiento de las teorías absolutas**
- 2. Crítica al argumento básico**
- 3. Aporías en el concepto de norma y libertad**
- 4. ¿Autosupresión de la pena por medio del reconocimiento?**
- 5. Listado de jurisprudencia**
- 6. Listado de bibliografía**

* Título original „Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur –Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist-, publicado en PRITTWITZ y otros (comps.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, pp. 327-343. Traducción del original en alemán de José Milton Peralta, ex becario DAAD en la Universidad de Múnich, doctorando en la Universidad Nacional de Córdoba y actual becario CONICET. De común acuerdo entre el autor y el traductor se omitió la traducción de la sección del original referente al aspecto literario. De allí la modificación en el título y subtítulo.

1. Renacimiento de las teorías absolutas

Klaus Lüdersen, el honorable homenajeado, ha analizado y criticado en su obra, cuya envergadura intelectual sería más bien digna del tiempo de Goethe que del último tercio del siglo XX, la *penal criminal*. Lo ha hecho a la manera de una melodía interminable tanto desde una perspectiva iusfilosófica y dogmática como sociológica y literaria y, así, de un modo universal. No ha dejado duda alguna de que con la pena estamos ante un fenómeno del ejercicio del poder estatal profundamente problemático. Para resumir la quintaesencia en dos oraciones y con las propias palabras de Lüderssen: “La crítica a la metafísica y la limitación de la actividad estatal a la protección de bienes jurídicos mensurables empíricamente [y] la renuncia del Estado de Derecho a la conformación de una cultura moral, han conducido a que apenas alguien confíe en encumbrar a la retribución y a la expiación como fin de la pena. La despedida de la idea de la retribución, que se ha emprendido de esta manera, elimina, sin embargo, al mismo tiempo, si uno se fija mejor, el sentido de la pena.”¹ Puede ser debido al fracaso de la teoría de la prevención especial² y a la deficiencia de las teorías más modernas y famosas de la prevención general, en concreto, al fracaso de la teoría de la prevención general positiva a causa de la “circularidad de su fundamentación” (Lüderssen)³, que –a pesar del veredicto de Lüderssen– se vislumbra un renacimiento de la teoría absoluta de la pena. Esta teoría, cimentada por Ernst-Amadeus Wolff y Michael Köhler y desarrollada por sus discípulos⁴ ha sido, entre tanto, nuevamente alzada sobre el pavés por Günther Jakobs⁵ desde su grandioso cambio radical de Luhmann a Hegel.

A pesar de que en la teoría del derecho penal angloamericano también se da en la actualidad esa sorprendente “eterna vuelta de lo mismo”⁶, yo comparto el profundo escepticismo del homenajeado respecto a todos los intentos de poder fundar completamente la pena sobre una base filosófica trascendental no empírica.

Sin embargo, considero que llegó la hora de que la dominante teoría preventiva de la pena, teniendo en cuenta la crisis en que se encuentra el pensamiento preventivo en la actualidad,

¹ Citado de LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafers?*, 1995, pp. 30, 9.

² Acerca de la incapacidad de una prevención especial libre de atenuaciones como base exclusiva del derecho penal ALBRECHT, *ZStW*, 1985, pp. 831 y ss.; por supuesto, eso no cambia en nada el hecho de que no existe alternativa a la resocialización en la ejecución de la pena, correcto por ello LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafers?*, p. 133 ss.

³ LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafers?*, p. 31; acerca de la crítica, por última vez, detalladamente los aportes en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, 1998.

⁴ Fundamental WOLFF, *ZStW*, 1985, pp. 786 y ss.; KÖHLER, *Begriff der Strafe*, 1986; EL MISMO, *Strafrecht AT*, 1997, p. 43, 48 y ss.; KLESCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der Bürgerlichen Gesellschaft*, 1991; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 130 y ss. (acerca del injusto como *ratio essendi* de la pena); EL MISMO, en NEUMANN/SCHULZ (comps.), *Verantwortung in recht und Moral*, ARSP (74), 2000, pp. 103, 111 y s. (acerca de la culpabilidad como *ratio essendi* de la pena); KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenganges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, p. 167 y ss.

⁵ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1999, pp. 59, 105 y ss.; EL MISMO, en *Verantwortung in Recht und Moral*, p. 59. Respecto de una crítica a éste por el giro incorporado en el año 1992, ver SCHÜNEMANN, *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1, 13 y ss.

⁶ MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979; EL MISMO, *Social Philosophy & Policy* (2), 1990, p. 209 y ss.; FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 1983, pp. 128 y ss.; SADURSKI, *Giving Desert its Due*, 1985; MOORE, *Placing Blame: A General Theory of Criminal Law*, 1997.

tome en serio el modelo de argumentación con el que se fundamenta el renacimiento de la teoría de la pena del idealismo alemán. Es necesario entablar un diálogo crítico constructivo que supere la “mentalidad sectorial” actual, que es lo que quiero intentar en los siguientes “cuatro pilares” de la teoría absoluta de la pena.

2. Crítica al argumento básico

La teoría neo-absoluta de la pena apareció, principalmente, con el ropaje de una exégesis clásica profundamente filigranesca⁷ y, de esa manera, forzosamente, debió dejar sin considerar tanto la filosofía analítica como la sociología (sólo para nombrar las dos direcciones científicas que para mí son, desde entonces, las que se deben añadir). Así también, cambió de lugar la cuestión de la interpretación y reconstrucción de la teoría de la pena del idealismo alemán, que debe ser tratada en el meta-nivel, colocando en su lugar, en gran parte, las preguntas sobre su corrección interna y validez externa, que deben ser tratadas al nivel del objeto. *Jakobs* dio un paso audaz al incorporar la teoría retributiva de la pena en el sistema de referencia de una sociedad concebida como “comunicación normativa”⁸, con la transformación simultánea de un individuo entendido naturalísticamente en una persona concebida como sujeto de normas de imputación⁹. De esa manera, ha separado la inclusión de esta teoría en un concepto de derecho de la “filosofía de la libertad” (*freiheitsphilosophischen*) (*Wolff, Köhler*), que tiene como objetivo el máximo posible de libertad para el individuo.¹⁰ Sin embargo, de esa manera, ha catapultado ahora la teoría de la pena de *Hegel* al nivel de una moderna filosofía social que reposa sobre los pilares de la teoría de los sistemas funcionalista y del interaccionismo simbólico, a pesar de que *Jakobs*, cuando concibe una norma como un “esquema de interpretación para ventaja del grupo” y a la sociedad como una personificación de la “comunicación normativa”¹¹ ya no menciona (más) a sus padres intelectuales *Luhmann*, *Schütz* y *Mead*. Pero es justamente a través de ello, como a mí me parece, que *Jakobs* permite que se vuelva particularmente claro el “*missing link*” fundamental de la justificación contraintuitiva, que tiene su origen en *Kant*, del mal (de

⁷ Ejemplar, KLESCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der Bürgerlichen Gesellschaft*, 1991; ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G.Fichtes*, 1981; KAHLO/WOLFF/ZACZYK (comp.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis*, 1992.

⁸ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, 2ª ed., 1999, pp. 42 y s., 63 y ss.: EL MISMO, en NEUMANN/SCHULZ (comps.), *Verantwortung in Recht und Moral*, pp. 57 y ss.

⁹ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 98 y ss.; EL MISMO, *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP (74), 2000, pp. 63 y ss.

¹⁰ La “libertad como fin” se encuentra literalmente en WOLFF, *ZStW*, 1985, p. 809; resumido en la máxima condensación posible en KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 15 y s.; en el concepto de culpabilidad ejemplar ZACZYK, en NEUMANN/SCHULZ (comps.), *Verantwortung in Recht und Moral*, pp. 103, 104 y ss. Fundamento es, por supuesto, el concepto de derecho de Kant que será reproducido abajo en la n. 22. Por cierto, esa libertad recíproca genera la “relación de reconocimiento” (fundamental, FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1976, §§ 1-4, y, al respecto, la colección mencionada de KAHLO/WOLFF/ZACZYK (comps.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis*, 1992; como así también WOLFF, *ZStW*, 1985, pp. 811 y ss., la que, en cierto modo, derriba el puente hacia un concepto de derecho como el de *Jakobs* que pone a la sociedad en el centro.

¹¹ Así, literalmente, JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 63 y passim.

la pena) a través de otro mal temporalmente anterior (el del delito). El lugar crítico de las conclusiones que representan la teoría absoluta de la pena reza, en las palabras de *Ernst-Amadeus Wolff*, del siguiente modo: “Debido a que al autor de un delito se le disminuye el estado de libertad e igualdad constituido colectivamente, se le permite a él mismo encontrar el camino de vuelta a la relación de igualdad”¹². O, en las palabras de *Köhler*: “La contradicción de la vigencia que se produce a través del hecho debe ser compensada de acuerdo a la razón jurídica general (también compartida por el autor), incluyendo, de manera equilibrante y generalizante, al autor en la negación por él mismo establecida”¹³. Y, finalmente, por *Jakobs*: “De la misma manera que el hecho modela definitivamente el mundo externo de las personas (y no sólo ‘significa’ algo), la reacción al hecho también debe modelar definitivamente, es decir, debe hacer de manera efectiva imposible la adhesión y, a través de la sustracción de medios de comportamiento corporal, confirmar con el autor lo materialmente adecuado a la norma como único modelo capaz de adhesión”¹⁴.

No se puede ni pasar por alto ni negar que lo que dicen estas oraciones, no obstante sus diferentes formulaciones, no es una conclusión, sino sólo una simple aseveración, que no es plausible por sí misma, sino que es singularmente precaria. Con ella se salta entre dos niveles del lenguaje, el lenguaje objeto y el metalenguaje, y se cree poder derivar de una determinada atribución de significado en relación a un determinado cambio de la realidad la necesidad de otro cambio de la realidad, con el fin de posibilitar una “homeostasis hermenéutica”, porque “la pena debe ser mientras el autor la haya traído con el hecho mismo sobre sí”¹⁵. De tal manera que, con otras palabras, la imposición de dolor empírico se hace pasar como consecuencia necesaria de una operación de pensamiento del metalenguaje. Puesto que *Jakobs* ve que la violencia que yace en la ejecución de la pena no alcanza a la “persona”, sino al “individuo” y puesto que, en su versión de la teoría absoluta, concibe la pena como una condición de función de la sociedad y, en esa medida, en un contexto consecuencialista (!), no quiere aceptar la conclusión: “la pena debe seguir al quebrantamiento de la norma de manera categórica”, sino que quiere, además, mirar a la “realidad social” y prescindir en absoluto de una pena cuando “el peligro de una adhesión al contenido material del quebrantamiento de la norma no existe seriamente”¹⁶. Y exactamente con ello da a conocer que sin un fin preventivo tampoco puede haber una pena, y se repliega así, finalmente, en el refugio de la prevención general positiva. A mí no me parece una casualidad ese giro nuevo de *Jakobs* de *Luhmann* a *Hegel*, sino una prueba clara de que cada imposición de un mal en un mundo secularizado no puede ser fundamentada sin una utilidad que se logre por su intermedio de este lado, y de que las teorías neo-absolutas no pueden tener éxito en transformar la condición *necesaria* de legitimación frente al afectado, puesta de relieve por ellas de manera extremadamente sutil, en una condición *suficiente* de la pena estatal, desplazando cada consideración de utilidad sobreviniente.

¹² WOLFF, *ZStW*, 1985, pp. 820 y ss.

¹³ KÖHLER, *Strafrecht AT*, pp. 48 y s.

¹⁴ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 105, 107.

¹⁵ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 48.

¹⁶ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 105, 107.

3. Aporías en el concepto de norma y libertad

Ese vacío en la deducción de la teoría absoluta, que ha sido aducido frecuentemente en contra de ella en la discusión anterior, constituye quizás su punto débil más importante. Sin embargo, no es el único. Se agregan por lo menos otros dos defectos lógicos que se evidencian ya en su desarrollo clásico por medio de *Immanuel Kant* y que hasta hoy no han sido convincentemente disipados.

1. a) Una aporía que ya en *Kant* se encuentra particularmente clara, pero también incluso en *Jakobs* y que, a pesar de los esfuerzos intensivos de la escuela *Wolff* y *Köhler*, según entiendo, no ha podido ser resuelta de manera convincente, surge de que la idea de reestablecimiento del derecho por medio de la retribución solo presupone la lesión de una *norma jurídica como tal* y, con ello, no posibilita una limitación al *derecho penal* por sí mismo. Así, nosotros leemos en *Jakobs* que la afirmación del autor objetivada en el hecho “la norma no rige” debe ser marginalizada por medio de una afirmación en contrario objetivada en la pena, es decir, la pena es la respuesta al hecho, el que, por su lado, debe ser entendido como una protesta en contra de la vigencia de la norma¹⁷. Aquí se deriva del nivel de la teoría general del derecho, para el caso de la lesión de una norma, la sanción específica por medio de la pena, a pesar de que la aplastante mayoría de las lesiones a las normas, por ejemplo, todas las lesiones civiles de contrato, permanecen, de buena razón, exentas de castigo. La misma ligazón de la pena a la simple lesión de una norma como tal la encontramos ya en *Kant*, cuando menciona en la “Crítica a la razón práctica” que el “merecimiento de pena (destacado en *Kant*) acompaña la lesión de una ley moral... (de tal manera que) la pena es una mal físico que debe ser unido con lo moralmente malo, si bien no como consecuencia natural, sí como consecuencia de acuerdo a los principios de una legislación moral”¹⁸. Lo que debe ser compensado a través de la pena es la lesión del mandato como tal y no, digamos, una determinada dignidad de la prohibición en cuestión de cuyas propiedades específicas uno pueda derivar la consecuencia de la pena. Y también la célebre fórmula atribuida a *Hegel*¹⁹ de la pena como “negación de la negación del derecho” adopta ese mecanismo como simple consecuencia de la lesión de una norma jurídica, es decir, no puede explicar justamente lo específico del Derecho penal estatal.

b) Los esfuerzos del neo-idealismo de desarrollar un concepto filosófico de delito tampoco pueden cambiar algo en esta aporía, pues la deducción lógica de la teoría absoluta conduce, otra vez, a la pena desde la simple *lesión de la norma*, porque debe tratarse del simple

¹⁷ En NEUMANN/SCHULZ (comps.), *Verantwortung in Recht und Gesellschaft*, p. 59.

¹⁸ 1ª ed. 1788, p. 66; así también en la introducción a la “*Metaphysik der Sitten*”, que el cumplimiento social insuficiente es el delito [*Verschuldung*] y que “el efecto jurídico de un delito [*Verschuldung*] es la pena” (ibídem., KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., 1798, p. 29).

¹⁹ Por HEGEL mismo en las palabras: „La lesión del derecho acaecida es..., en sí, ineficaz. La manifestación de su ineficacia ... es la eliminación de cada lesión, que ocurre de la misma manera” (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1981, § 97). Más detallado acerca de toda la derivación KLESCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der Bürgerlichen Gesellschaft*, p. 232 y ss. La fórmula corta citada en el texto se encuentra en el agregado al § 97 de los apuntes de las clases de HOTH.

reestablecimiento abstracto de su “vigencia”, de tal manera que la limitación a la norma penal significa una reducción externa y no una limitación trazada ya de manera conceptual en la misma teoría absoluta de la pena. Y prescindiendo absolutamente de esto, no se ha vuelto hasta aquí lo suficientemente claro cómo es que se diferencia el concepto de delito del concepto de derecho en la filosofía de la libertad (*Freiheitsphilosophie*) y tampoco si ella está en condiciones de asimilar la adaptación del derecho penal a las necesidades de la desarrollada sociedad industrial y con ello a necesidades racionales. Mientras a la lesión de la norma sólo se le agregue la “mala voluntad” como otra característica del concepto de delito²⁰, todavía no tiene lugar una limitación material del delito como conducta socialmente dañina cualificada a diferencia de la simple lesión de la norma. En cuanto la lesión a la libertad sea señalada como la esencia del delito,²¹ no es lo suficientemente claro cómo se debe diferenciar a éste del concepto general de derecho que, en la famosa definición de *Kant*, contiene el “conjunto de condiciones” “bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley general de la libertad”.²² Y también aquí, prescindiendo de esto, permanece poco claro si con la categoría de la lesión a la libertad pueden ser adecuadamente comprendidas las modernas formas de aparición del delito, que en la forma de delitos contra el medioambiente ponen en peligro la supervivencia de la humanidad en su conjunto.²³ Si se entiende la lesión de la libertad en el sentido de la escuela de Frankfurt del derecho penal clásico como una lesión individual de una libertad determinable,²⁴ se petrifica así el derecho penal al estado de la sociedad a eso del año 1800 y se lo catapulta, en gran parte, fuera de la relación relevante de la sociedad actual. Si se entiende, por el contrario, la lesión a la libertad de manera no específica y se incluyen, por ejemplo, también los delitos contra el medioambiente, en el sentido propuesto por mí como la máxima concentración y aumento posible de los delitos contra la propiedad²⁵, el concepto se vuelve, por el contrario, tan general e inespecífico que en su concepción abstracta del concepto de libertad pierde toda fuerza de fundamentación específica de ésta.

²⁰ KÖHLER, *Begriff der Strafe*, p. 47 y s.

²¹ Así, en principio, ya FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847, §§ 21 y ss.; con la denominación “dobleamiento de la voluntad y sometimiento de la libertad” NAUCKE, *Strafrecht*, 8ª ed., 1998, § 6 nm. 63; POTT, “Über das Zweckdenken in der Strafgesetzgebung, dargestellt am Beispiel der Neuregelung des Betruges durch das 6. StrRG.”, en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A. M. (comp.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, pp. 89, 121.

²² KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., 1798, p. 33. [La transcripción de los pasajes de KANT de “La Metafísica de las Costumbres” se realiza conforme a la traducción de esta obra llevada a cabo por CORTINA ORTIZ/CONILL SANCHO, “La Metafísica de las Costumbres”, 4ª ed., Madrid 2005. N. del t.]

²³ Acerca de mi propio punto de vista, ver GA, 1995, pp. 201, 206 y ss.; *Festschrift für Otto Triffterer*, 1996, pp. 437, 452 y ss.; *Buffalo Criminal Law Review* (1), 1997, pp. 175, 180 y ss., 190 y ss.; como así también en KÜHNE/MIYAZAWA (comp.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 15, 23 y ss.

²⁴ Al respecto con numerosas referencias ulteriores HASSEMER, en SCHOLLER/PHILIPPS (comp.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, pp. 90 y ss.; EL MISMO en *Alternativ-Kommentar zum StGB Bd. 1*, 1990, nm. 274 y ss., antes del § 1; EL MISMO en ZRP, 1992, pp. 378, 379; EL MISMO, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 3 y s., 23 y s.; HASSEMER, NK, nm. 274 y ss., antes del § 1; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, p. 141 y ss., 147 y ss.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, p. 188 y ss., 196 y ss.; EL MISMO, GA (2), 1992, pp. 76 y ss.

²⁵ *Festschrift für Otto Triffterer*, p. 453; además en *Alte Strafrechtsstrukturen*, p. 27.

La teoría neo-absoluta de la pena corta así, finalmente, la conexión con la sociedad contemporánea y sus necesidades de protección y conduce, de esa manera, al margen de todas las aporías conceptuales, a un callejón en el que no se ve ninguna salida.

2. La segunda dificultad consiste en que la teoría absoluta, dentro del marco de la filosofía de la libertad fundada por *Kant*, presupone la libertad (de voluntad) del autor del delito a retribuir y su fundamento choca ahora en la filosofía crítica de *Kant* contra otra aporía difícil de disipar²⁶: Las leyes prácticas incondicionadas, y con ellas también el derecho en su totalidad, están fundadas en la filosofía kantiana sobre el concepto de libertad como causalidad de la razón pura²⁷ que debe ser presupuesta como propiedad de la voluntad de todo ser racional.²⁸ Ese supuesto sucede en la forma que el hombre, “cuando él se piensa como inteligencia con una voluntad [y], por ende, dotada de causalidad, a través de ello se coloca en otro orden de cosas que cuando él se percibe como un fenómeno en el mundo de los sentidos (lo que, en realidad, también es) y su causalidad, de acuerdo a determinaciones externas, se somete a las leyes de la naturaleza”²⁹. La diferencia entre el hombre como parte del mundo de los sentidos (como *homo phaenomenon* o “sujeto empírico”) y del hombre como yo inteligible (como *homo noumenon* o “sujeto trascendental”) constituye la base fundamental del derecho y de la moral. Por ende, conforma también la base de la teoría absoluta de la pena, como algo no tomado de la experiencia, sino surgido de un modelo de pensamiento de la razón pura. Así es como el hombre se puede liberar de los impulsos de la sensualidad y, en virtud de su comprensión, obrar conforme a los deberes morales que resultan del imperativo categórico. Puesto que la ley moral como tal “surge de nuestra voluntad como inteligencia y, por lo tanto, de nuestro verdadero yo”, nuestro “querer necesario propio como el de todo de un mundo inteligible” es “pensado como un deber” sólo en la medida en que “(el hombre) se considere, al mismo tiempo, como un miembro del mundo sensible”³⁰. Que la ley tenga para los hombres la forma de un imperativo resulta sólo de que él, como esencia oprimida por necesidades y móviles sensibles, no puede construir una voluntad incólume incapaz de ninguna máxima que contradiga la ley moral y de que sólo “en una voluntad patológicamente oprimida de un ser racional puede ser hallada una contradicción en contra de las leyes prácticas por él mismo reconocidas”.³¹ Una lesión de la ley moral es posible en esta concepción sólo si el hombre, como ser del mundo físico, se deja determinar por sus impulsos sensibles y, de ese modo, no hace valer la capacidad de libertad, que fluye de la razón pura. De ello se sigue, sin embargo, que por medio de la “teoría de los dos mundos” de *Kant*, y del concepto de libertad positiva para actuar de acuerdo a la ley moral que allí se esconde, no se puede fundamentar justamente la libertad del hecho delictivo que

²⁶ La idea que sigue, sólo desarrollada a manera de esbozo, no es totalmente nueva, sin embargo, juega un rol muy discreto en la discusión sobre *Kant*. Se debe llamar la atención sobre DÜNNHAUPT, *Sittlichkeit, Staat und Recht bei Kant*, 1927, pp. 32 y ss.; ADICKES, *Kant und die Als-Ob-Philosophie*, 1927, pp. 220 y ss.; TOPITSCH, *Die Voraussetzungen der Transzendentalphilosophie*, 2ª ed. 1992, pp. 115 y ss.; PRAUSS, *Kant über Freiheit als Autonomie*, 1983, pp. 80 y ss., 92 y ss.

²⁷ *Metaphysik der Sitten*, p. 18.

²⁸ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., 1786, pp. 100 y ss.

²⁹ KANT, *Grundlegung*, p. 116.

³⁰ KANT, *Grundlegung*, p. 113.

³¹ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, p. 36.

lesiona la ley moral, porque justamente ese hecho no tiene su origen en que la razón pura se vuelve práctica, sino, al revés, sólo allí, en el que el delincuente es dirigido por sus impulsos sensibles. Da igual como deba comprenderse en este caso el concepto de libertad, un concepto concluyente en sí no se encuentra en los escritos críticos de *Kant*, pues el uso de la razón conduce de manera inevitable hacia el imperativo categórico y no deja espacio alguno para una comprensión cuasi existencialista del hombre, que libremente puede elegir entre bueno o malo y, a través de ello, pueda crear su propia personalidad. Otro concepto se encuentra en la obra de *Kant* sobre “La religión dentro de los límites de la mera razón”, pero sólo conformándose con una insoluble aporía con la “teoría de los dos mundos” de los escritos críticos. *Kant* dice aquí: “cuando uno busca el origen de la razón de la misma, toda conducta maligna debe ser considerada como si el hombre hubiere caído en ella inmediatamente desde el estado de inocencia...(pues) es todavía su obligación mejorarse: él debe poder también eso y es, cuando no lo hace, tan capaz y sometido a la imputación en el momento de la acción como si, dotado con la disposición natural para lo bueno (que es inseparable de la libertad), hubiera cruzado del estado de inocencia al de maldad. Es decir, no podemos preguntar por el origen temporal en ese hecho, sino que debemos hacerlo simplemente por su origen racional”.³² De esa forma, se ha cambiado de manera decisiva el concepto de hombre frente a la concepción del yo inteligible de los escritos críticos, pues la representación (necesaria) de un yo inteligible debería eliminar del mundo el problema indisoluble en el camino empírico de “cómo la razón pura puede volverse práctica”, de cómo es que el hombre es capaz de liberarse de los impulsos sensibles que, en su consideración como fenómeno en el mundo empírico determinan completamente su conducta y, así, conforme su comprensión, puede obrar de acuerdo a las exigencias del imperativo categórico. En adelante, se entenderá el yo inteligible, por el contrario, como la libertad de motivarse hacia lo bueno o hacia lo malo, sin que *Kant* haya desarrollado para ello en los escritos sobre religión o antes en sus escritos críticos una concepción total, de tal manera que se trata de una simple suposición *ad-hoc* que no puede hacer plausible justamente la libertad y, con ello, la imputación del delito. Tampoco la moderna fundamentación de la pena de la “filosofía de la libertad” ha tratado, por lo que yo veo, esa aporía, ni mucho menos la ha eliminado. Sin embargo, quedan todavía tres soluciones: o nos atenemos a una concepción hoy extendida del concepto social de culpabilidad, que no requiere más una prueba de la libertad del autor, sino sólo de su promediabilidad³³. O renunciamos por completo a un concepto de culpabilidad derivado del pensamiento de la libertad y lo reducimos a la prevención general, tal como lo había propuesto *Jakobs* antes de su “giro” de Luhmann a

³² KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 2ª ed., 1794, p. 43.

³³ NOWAKOWSKI, *SchwZStr*, 1950, pp. 301 y ss.; EL MISMO, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 55 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5ª ed., 1996, pp. 427 y s.; JESCHECK, *JBI*, 1998, pp. 609 y ss.; similar la conexión a la “aprensibilidad normativa” en ROXIN, *ZStW*, 1984, pp. 641, 652 y s.; el mismo, *SchwZStr*, 1987, pp. 356, 369; EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 3ª ed., 1997, § 19, nm. 35 y ss.; KRÜPPELMANN, *ZStW*, 1976, pp. 6, 12, 32 y ss.; EL MISMO, *GA*, 1983, pp. 337, 360; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24ª ed., 2001, antes de § 13, nm. 23; RUDOPHI en *SK StGB* (abril 2001), § 20, nm. 25; referencias ulteriores en SCHÜNEMANN en HIRSCH/WEIGEND (comp.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 147, 148 y ss.

Hegel³⁴. Y con ello resignamos también una legitimación del derecho penal establecida al margen de la utilidad y aceptamos, además, la aporía entre una teoría de la pena apoyada originariamente de manera preventivo general y una teoría de la pena apoyada ahora sobre Hegel, esto es, sobre una filosofía de la libertad, no fundamentada por sí misma de manera lo suficientemente plausible. O emprendemos, finalmente, una nueva prueba de la libertad de la voluntad independiente de Kant o, dicho más precisamente, del concepto necesario de libertad para la fundamentación de la culpabilidad penal, tal como yo lo he hecho en otro lugar y creo necesario, pero que aquí no puedo repetir³⁵.

4. ¿Autosupresión de la pena por medio del reconocimiento?

1. De esa manera, tres estaciones decisivas de la teoría absoluta de la pena no han podido resistir la crítica: la derivación de la pena como reforzamiento de la vigencia puesta en duda no es concluyente; la especificidad de la pena, que no resulta de cada ataque a una norma jurídica, no puede ser captada en una deducción tomada exclusivamente al nivel de la vigencia del derecho; y la libertad de voluntad, que es necesariamente presupuesta, no puede ser fundada con la distinción de Kant entre *homo phaenomenon* y *homo noumenon*, porque el delito no puede ser explicado por el imperativo categórico y, por ello, puede ser imputado sólo al *homo phaenomenon*. De esta manera, si veo correctamente, del arsenal de la teoría absoluta sólo queda una única vía argumentativa, a saber, el pensamiento de que el castigo y la pena podrían ser deducidos de la *propia máxima de conducta* del autor, de tal manera que éste, con su propia conducta criminal, implícitamente propaga su propio castigo y –en la célebre formulación de Hegel³⁶– “es honrado como racional” por medio de la pena. En este concepto se esconden, otra vez, una cantidad de tesis independientes que son acentuadas y modeladas con diferente intensidad por los protagonistas de la teoría absoluta. Así, en las teorías neo-absolutas es aceptada la tesis ya formulada por Kant y desarrollada por Hegel de que el delito puede ser *autorefutado*,³⁷ porque, por ejemplo, el ladrón reconoce finalmente la propiedad lesionada, puesto que la quiere tener para sí.³⁸ Pero esto se afirma sin razón, porque uno necesita cambiar ligeramente la máxima del autor para poder superar la autocontradicción: así, por ejemplo, cuando con el hurto se integra la negación de la justicia de nuestra distribución de la riquezas, o –con un ejemplo moderno– cuando el

³⁴ Al respecto fundamental JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976. Acerca de mi crítica, muchas veces expuesta al respecto, cfr. solamente SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (com.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 170 y ss., como así también en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5ª ed., pp. 147, 158 y s.

³⁵ Y en SCHÜNEMANN, *Grundfragen*, p. 153, 163 ss.; HIRSCH/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5ª ed., pp. 148 y ss.; por última vez SCHÜNEMANN en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Barcelona 2000, pp. 93, 98 y ss.

³⁶ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §100.

³⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten*, pp. 228 y ss.; HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 100, y al respecto más detalladamente SCHMITZ, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe*, 2001, pp. 116 y ss.

³⁸ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 48.

violador conyugal defiende un concepto muy conservativo de los deberes conyugales,³⁹ que él mismo está dispuesto a cumplir en todo momento. El *principio del talión*,⁴⁰ que aparece en *Kant* como hermano de la teoría de la autocontradicción, no ha sido desatendido sólo por él repetidamente en ejemplos concretos,⁴¹ sino ridiculizado ya por *Hegel* con el ejemplo del autor de un solo ojo que le saca el ojo a otro⁴². Además, lo que la mayoría de las veces se desconoce es que esa supuesta rigurosidad del antiguo testamento ha sido excedida largamente por el derecho penal real de todos los tiempos, incluido el presente. Ante meros delitos contra el patrimonio ayer estaban a la orden del día las penas de muerte y corporales, y hoy lo están las penas privativas de la libertad.⁴³

2. De todas maneras, la autocontradicción y el principio del talión son limitados por *Kant* rigurosamente al nivel de consideración del *homo noumenon*, mientras que califica de absurda, -cuando trata el ejemplo del intento de *Beccaria* de reducir el derecho penal al contrato social y limitarlo a eso⁴⁴- la idea de que el delincuente, como *homo phaenomenon*, pueda querer su propio castigo, porque no constituye ninguna pena, que a alguien le ocurra algo que él mismo desea.⁴⁵ Si yo no me engaño, reposa en ese lugar una de las aporías más peligrosas no sólo para la teoría absoluta, sino para cualquier teoría de la pena, porque parece disolver también su justificación preventiva, si el autor *quiere* atraer la pena sobre sí. Pues, la prevención especial se vuelve superflua cuando el autor -como lo muestra su deseo de castigo- se ha resocializado por sí mismo; la prevención general amenazadora cambia por completo si el autor comete el hecho para ser castigado; la prevención general negativa resulta mellada, cuando el autor es maltratado de acuerdo a su voluntad y se trasluce, así, un alivio masoquista; y la prevención general positiva parece volverse superflua si el autor retracta demostrativamente la máxima que niega la vigencia de la norma y se declara a favor de su vigencia.

El psicoanálisis enseña que existen disposiciones y constelaciones mentales en las que el autor, a causa de una culpabilidad experimentada de manera diferente, se vuelve delincuente para ser castigado⁴⁶ - 1 *alternativa*-. El derecho penal prevencionista se vuelve

³⁹ Acerca de un concepto como ese por última vez el BGH NJW 1967, 1078 y acerca de su ocaso SCHÜNEMANN, GA, 1996, pp. 307, 310 y ss.

⁴⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten*, pp. 227 y ss.

⁴¹ KANT quería castigar la violación con castración y la sodomía con expulsión permanente de la sociedad civil, ver *Metaphysik der Sitten*, p. 171.

⁴² HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 101, por cierto con la transición hacia la igualdad de acuerdo a valores (al respecto en detalle KLESCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der Bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, pp. 237 y ss.).

⁴³ Con lo cual, sin embargo, también *Kant* pasa los límites del talión a este respecto (una vez más), porque él quería destinar para el hurto el estado de esclavitud.

⁴⁴ *Über Verbrechen und Strafen* [De los delitos y de las penas. -n. del t.-], citado de acuerdo con la edición alemana de ALFF, 1966, pp. 52 y s.

⁴⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, pp. 232 y s.

⁴⁶ FREUD trata al "delincuente por conciencia de culpabilidad" [*Verbrecher aus Schuldbewußtsein*] en su tratado *Einige Charaktertypen aus der psychoanalytischen Arbeit*, Obras coleccionadas, t. X, pp. 364 y ss.; ver al respecto, además, HAFTKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, pp. 99 y s.; SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1987, pp. 475 y ss.; LÜDERSEN, en HASSEMER/LÜDERSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 67, 72 y s.; EL MISMO, *Kriminologie*, 1984, pp. 106 y s.

inútil en esos casos y tampoco la defensa de la vigencia de la norma tiene sentido si el autor exige justamente la vigencia de la sanción para el logro de sus propios fines. Se trata, en el fondo, de una estructura patológica ante la cual el derecho penal se ve tan sin recursos como ante los otros problemas sociales de las graves anormalidades mentales, que han sido superados más mal que bien con ayuda de los §§ 20, 21 StGB. Teóricamente más interesante es la 2 *alternativa*, en la que el autor *después* de su hecho vive una catarsis y hace, en adelante, del punto de vista del orden jurídico su propio móvil. Esto ha jugado hasta ahora sólo un rol curiosamente marginal en la doctrina penal. Principalmente se ha ocupado de ello la dogmática de la medición de la pena, bajo el aspecto de la confesión hecha por arrepentimiento y conversión interna como causa de atenuación de la pena.⁴⁷

3. Sin embargo, queda la cuestión de si no se debe dar aún un paso más y suprimir la pena por completo, porque, como se mencionó al principio, tanto la prevención especial como la prevención general negativa y la prevención general integración no pueden proporcionar ningún motivo de pena frente al delincuente que se resocializa a sí mismo, que desea la pena y que, con ello, reestablece la vigencia de la norma. Tampoco la teoría de la retribución, por lo menos según *Kant*, puede empezar nada con un *homo phaenomenon* que reclama su propio castigo –con la amenazante consecuencia ya mencionada de una aporía fundamental que compromete definitivamente la pena criminal. Una solución, así como el hallazgo de una salida desde las insuficiencias de la teoría absoluta de la pena arriba recapituladas y de la crisis del derecho penal preventivo, sólo me parece posible de una manera: que se vuelva a las rocas duras de la *prevención general amenazadora*. De esa manera, no sólo va ser presupuesta la voluntad de libertad y la culpabilidad del autor⁴⁸, de tal manera que se preserva el núcleo justificado de la teoría absoluta, a saber, el principio de culpabilidad como *principio de legitimación*, y se lo *combina* con el principio de prevención como condición de *utilidad*, sino que también, de paso, se pone de cabeza la reducción de la culpabilidad a la prevención anteriormente propagada por *Jakobs*⁴⁹. Si bien la teoría de la prevención general amenazadora fracasa (como todas las otras también) frente al autor motivado anormalmente que comete el delito con el fin de cargar sobre sí la pena y de padecerla, esa debilidad, sin embargo, puede ser superada teniendo en cuenta su efectividad frente al grupo más importante de delincuentes, que *después* del hecho emplean conscientemente el reconocimiento de la norma como medio para lograr una disminución esencial de la pena. Una posibilidad como esa debería estar prevista ya en el programa de la amenaza de la pena preventivo general (si es que debiera existir), pero, con ello, en primer lugar, se desbarataría

⁴⁷ Al respecto, de la manera más exhaustiva, la tesis doctoral de GÖTTING DE RUTH MOOS, *Das Geständnis im Strafverfahren und der Strafzumessung*, 1983, pp. 133 y ss.

⁴⁸ Al respecto, más detalladas, mis anteriores reflexiones en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (comps.), *Positive Generalprävention*, 1998, pp. 109, 117 y ss. Se debe añadir que la desorientadora comparación con el adiestramiento de perros de HOMMEL ha sido también utilizada por HEGEL en *Philosophie des Rechts*, agregado a § 99.

⁴⁹ Ya he expuesto mi crítica al respecto muchas veces, por ejemplo en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, pp. 170 y ss.; HIRSCH/WEIGEND, pp. 158 y s.; Sobre el estado de la teoría del delito, ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, pp. 91, 114 y ss.

ab ovo su eficacia y, en segundo, conduciría a la paradoja de que la norma de sanción, en el caso de un reconocimiento verbal de la norma de prohibición, se suprimiría a sí misma – lo que, una vez más, resulta de una inaceptable mezcla entre lenguaje objeto y metalenguaje y, por ello, debería ser rechazado desde una perspectiva filosófica bien fundada. Entonces, el reconocimiento meramente verbal y posterior por parte del autor no arruina todavía el concepto general preventivo amenazador. De ello se siguen consecuencias de gran alcance por ejemplo en relación a los límites de un efecto atenuador de la pena en el caso de una reparación incorporada instrumentalmente con el fin de atenuación de la pena⁵⁰ o en cuanto a la falta de efecto atenuador de la pena de una confesión acordada especialmente con el fin de lograr esa atenuación y, con ello, en cuanto a los angostos límites de efectos de un acuerdo procesal⁵¹, que aquí sólo lo puedo insinuar.

5. Listado de jurisprudencia

BGH NJW 1967, 1078.

6. Listado de bibliografía

ADICKES, Erich, *Kant und die Als-Ob-Philosophie*, Stuttgart 1927.

ALBRECHT, Peter-Alexis, “Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen“, *ZStW* (97), 1985, pp. 831 y ss.

BECCARIA, Cesare, *Über Verbrechen und Strafen*, citado de acuerdo con la edición alemana de Alff, 1966.

DÜNNHAUPT, Rudolf, *Sittlichkeit, Staat und Recht bei Kant*, Berlin 1927.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., Giessen 1847.

⁵⁰ La inmensa discusión acerca de la introducción de la reparación en el derecho penal moderno no puede ser tratada aquí, sino que sólo se puede decir, en una nota al pie, que en el área en la que no parece realizable una verdadera descriminalización, -en el sentido de un reemplazo del rol de la justicia penal por el de la satisfacción (por intermedio de la autoridad) de las pretensiones de compensación del daño del lesionado (que es donde, como es sabido, nuestro homenajeado ve el fin del desarrollo de la pena criminal, cfr. LÜDERSEN, *Abschaffens des Strafens*, pp. 59 y ss.)-, sólo es compatible una completa equiparación autor-víctima, que ocupe el lugar de la pena, con la idea de la prevención general en los casos de verdadero arrepentimiento (ver SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN/DUBBER [comps.], *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, 2000, pp. 1, 10 y ss.).

⁵¹ Acerca de la fragilidad de la praxis actual, de pretextar como una drástica causa de disminución de la pena la confesión pro-forma dada con motivo de un acuerdo, ver SCHÜNEMANN, *Festschrift für Peter Rieß*, 2002, p. 525.

FICHTE, Johann Gottlieb, *Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Jena-Leipzig 1976, §§ 1-4.

FINNIS, John, *Fundamentals of Ethics*, Oxford 1983.

FREUD, Sigmund, *Einige Charaktertypen aus der psychoanalytischen Arbeit*, Gesammelte Werke, t. X, Frankfurt am Main 1973.

HAFTKE, Bernhard, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau/Frankfurt a. M 1976.

HASSEMER, Winfried, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en PHILIPS/SCHOLLER (comps.), *Jenseits des Funktionalismus*, Heidelberg 1989, pp. 89 y ss.

HASSEMER, Winfried, en AK-StGB, *Alternativ-Kommentar zum StGB Bd. 1*, 1990, nm. 274 y ss., antes del § 1.

HASSEMER, Winfried, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP* (10), 1992, pp. 378-383.

HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg 1994.

HASSEMER, Winfried, NK, nm. 274 y ss., antes del § 1.

HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main, 1981.

HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1991.

HOHMANN, Olaf, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt am Main 1991.

HOHMANN, Olaf, "Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht", *GA* (2), 1992, pp. 76-87.

JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin 1999.

JAKOBS, Günther, "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung" en *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP (74), Stuttgart 2000, pp. 57-72.

JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976.

JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Tomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich, "Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich", *JB* (10), 1998, pp. 609-619.

KAHLO, Michael, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenganges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1990.

KAHLO, Michael/WOLFF, Ernst Amadeus/ZACZYK, Reiner (comp.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis*, Frankfurt am Main 1992.

KANT, Immanuel, *Kritik der Reinen Vernunft*, 1^a ed., Riga 1788.

KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, 2^a ed., Riga 1798.

KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2^a ed., Riga 1786.

KANT, Immanuel, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 2^a ed., Riga 1794.

KLESCZEWSKI, Diethelm, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der Bürgerlichen Gesellschaft*, Berlin 1991.

KÖHLER, Michael, *Begriff der Strafe*, Heidelberg 1986.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 1997.

KRÜPELMANN, Justus, "Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz", *ZStW* (88), 1976, pp. 6 y ss.

KRÜPELMANN, Justus, "Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs", *GA*, 1983, pp. 337 y ss.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24^a ed., München 2001.

LÜDERSSEN, Klaus, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt am Main 1995.

LÜDERSSEN, Klaus, "Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht", en HASSEMER, Winfried/LÜDERSSEN Klaus/NAUCKE, Wolfgang, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Heidelberg 1983, pp. 67 y ss.

LÜDERSSEN, Klaus, *Kriminologie*, Baden-Baden 1984.

MOORE, Michael, *Placing Blame: A general Theory of the Criminal Law*, Oxford 1997.

MOOS, Ruth, *Das Geständnis im Strafverfahren und der Strafzumessung*, 1983.

MURPHY, Jeffrie G., *Retribution, Justice and Therapy*, Dordrecht 1979.

MURPHY, Jeffrie G., "Getting Even: The Role of the Victim", *Social Philosophy & Policy* (2), 1990, pp. 209 y ss.

NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht*, 8ª ed., Newueied 1998.

NOWAKOWSKI, Friedrich, "Das Ausmass der Schuld", *SchwZStr* (65), 1950, pp. 301 y ss.

NOWAKOWSKI, Friedrich, "Freiheit, Schuld, Vergeltung", en HOHENLEITNER, Sigfried, entre otros (comps.), *Festschrift für Theodor Rittler*, Innsbruck 1957, pp. 55 y ss.

POTT, Christine, "Über das Zweckdenken in der Strafgesetzgebung, dargestellt am Beispiel der Neuregelung des Betruges durch das 6. StrRG.", en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A. M. (comp.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt am Main entre otras 1999, pp. 89 y ss.

PRAUSS, Gerold, *Kant über Freiheit als Autonomie*, Frankfurt am Main 1983.

ROXIN, Claus, "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", *ZStW* (96), 1984, pp. 641 y ss.

ROXIN, Claus, "Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? ", *SchwZStr* (104), 1987, pp. 356-376.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., München 1997.

RUDOPHI, Hans Joachim, en *SK StGB* (abril 2001), § 20, nm. 25.

SADURSKI, Wojciech, *Giving Desert its Due*, Doedrecht entre otros 1985.

SCHMITZ, Heinz-Gerd, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe*, Berlin 2001.

SCHNEIDER, Hans Joachim, *Kriminologie*, Berlin entre otras 1987, pp. 475 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en SCHÜNEMANN, Bernd, entre otros (comps.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York 2001, pp. 1-32.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA* (5), 1995, pp. 201 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts", en SCHMOLLER, Kurt (comp.), *Festschrift für Otto Triffterer*, Wien - New York 1996, pp. 437-456.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Principles of Criminal Legislation in Postmodern Society: The Case of Environmental Law", *Buffalo Criminal Law Review* (1), 1997, pp. 175-194.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?", en KÜHNE, Hans Heiner/MIYAZAWA, Kiuchi

(comp.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Berlin 2000, pp. 15 y ss.

SCHÜNEMANN Bernd, "Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland", en HIRSCH, Hans Joachim/WEIGEND, Thomas (comp.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin 1989, pp. 147 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "La culpabilidad: estado de la cuestión", en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Barcelona 2000, pp. 93 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Mißachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als kriminalpolitisches Problem", *GA* (7), 1996, pp. 307-329.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell", en SCHÜNEMANN, Bernd/DUBBER, Markus Dirk (comp.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, pp. 1-13.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Die Absprachen im Strafverfahren: Von ihrer Gesetz- und Verfassungswidrigkeit, von der ihren Versuchungen erliegenden Praxis und vom dogmatisch gescheiterten Versuch des 4. Strafsenats des BGH, sie im geltenden Strafprozeßrecht zu verankern*, en HANACK, Ernst W./HILGER, Hans/MEHLE, Volkmar/WIDMAIER, Gunter (comps.), *Festschrift für Rieß*, Berlin 2002, pp. 525-546.

SCHÜNEMANN, Bernd/V. HIRSCH, Andrew/JAREBORG, Nils (comps.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998.

TOPITSCH, Ernst, *Die Voraussetzungen der Transzendentalphilosophie*, 2ª ed., Tübingen 1992.

WOLFF, Enst Amadeus, "Die Mißachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als kriminalpolitisches Problem", *ZStW* (97), 1985, pp. 786 y ss.

ZACZYK, Reiner, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin 1989.

ZACZYK, Reiner, "Schuld als Rechtsbegriff", en NEUMANN/SCHULZ (Hrsg.), *Verantwortung in recht und Moral*, ARSP (74), Stuttgart 2000, pp. 103 y ss.

ZACZYK, Reiner, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G.Fichtes*, Berlin 1981.