



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE EL MODELO METODOLÓGICO NEOKANTIANO

Línea de investigación: Análisis de las instituciones del Derecho penal
(Análisis de la función del Derecho penal)

Presentado por:

Bach. Luis Miguel Camacho Morveli

<https://orcid.org/0009-0005-7206-4155>

**Para optar al Título Profesional de
Abogado**

Asesor:

Mag. Percy Velásquez Delgado

<https://orcid.org/0000-0003-0187-9769>

**CUSCO – PERÚ
2023**



Metadatos

Datos del autor	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
URL de Orcid	
Datos del autor	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
URL de Orcid	
Datos del asesor	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
URL de Orcid	
Datos del jurado	
Presidente del jurado (jurado 1)	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Jurado 2	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Jurado 3	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Jurado 4	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Datos de la investigación	
Línea de investigación de la Escuela Profesional	



LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE EL MODELO METODOLÓGICO NEOKANTIANO

por Luis Miguel Camacho Morveli

Fecha de entrega: 21-nov-2023 11:49a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 2235306888

Nombre del archivo: LA_PENA_DESDE_EL_MODELO_METODOLOGICO_NEOKANTIANO_FINAL-UAC.pdf
(1.59M)

Total de palabras: 52233

Total de caracteres: 281698



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE EL
MODELO METODOLÓGICO NEOKANTIANO**

Línea de investigación: Análisis de las instituciones del Derecho penal
(Análisis de la función del Derecho penal)

Presentado por:

Mag. Luis Miguel Camacho Morveli
<https://orcid.org/0009-0005-7206-4155>

**Para optar al Título Profesional de
Abogado**

Asesor:

Mag. Percy Velásquez Delgado
<https://orcid.org/0000-0003-0187-9769>

CUSCO – PERÚ
2023



LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE EL MODELO METODOLÓGICO NEOKANTIANO

INFORME DE ORIGINALIDAD

8%	8%	1%	3%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
3	idoc.pub Fuente de Internet	1%
4	vbook.pub Fuente de Internet	1%
5	dokumen.pub Fuente de Internet	<1%
6	documents.mx Fuente de Internet	<1%
7	Submitted to Universidad Externado de Colombia Trabajo del estudiante	<1%
8	www.scribd.com Fuente de Internet	<1%

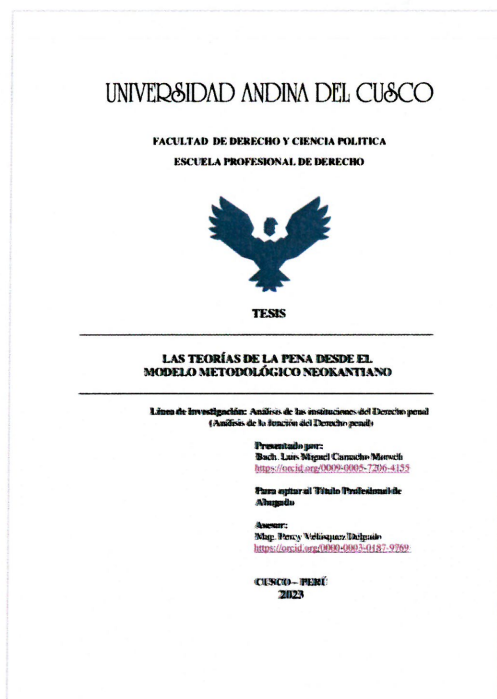


Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega:	Luis Miguel Camacho Morveli
Título del ejercicio:	Revisión Luis Miguel
Título de la entrega:	LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE EL MODELO METODOLÓGIC...
Nombre del archivo:	LA_PENA_DESDE_EL_MODELO_METODOLOGICO_NEOKANTIA...
Tamaño del archivo:	1.59M
Total páginas:	200
Total de palabras:	52,233
Total de caracteres:	281,698
Fecha de entrega:	21-nov.-2023 11:49a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre...	2235306888





DEDICATORIA

A Nelly (+), mi madre.

*Cuando te busco, no hay sitio en
donde no estés.*

A Miguel, mi padre.

*¡Las cosas se hacen bien o sino no se
hacen!*



AGRADECIMIENTOS

Al profesor Percy Velásquez Delgado,
por su amistad y confianza.

A mi tía Antonieta, por su paciencia y
preocupación constante.

A mis amigos, Gabriel Uscamayta,
Jhonatan Peña Carlos, Eduardo
Castelo Galdós y Giovanni Bautista
Pari, a cada uno, porque a través de
cada conversación o material
bibliográfico, hacían que este camino
sea más llevadero.



ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
ÍNDICE.....	iv
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	viii
1 CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MÉTODO.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
1.2.1. Problema principal.....	11
1.2.2. Problemas específicos.....	11
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	12
1.3.1. Conveniencia de la investigación.....	12
1.3.2. Relevancia social.....	12
1.3.3. Implicancias prácticas.....	13
1.3.4. Valor teórico.....	13
1.3.5. Utilidad metodológica.....	13
1.4. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO.....	14
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.5.1. Objetivo general.....	14
1.5.2. Objetivos específicos.....	14
1.6. MÉTODO.....	15
1.6.1. Diseño metodológico.....	15
1.6.2. Método.....	15
1.7. HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	16
1.7.1. Hipótesis principal.....	16
1.7.2. Hipótesis específicas.....	16
1.8. CATEGORÍAS DE ESTUDIO.....	17
1.8.1. Categorización.....	17
1.9. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.....	17
2 CAPÍTULO II: DESARROLLO TEMÁTICO.....	19
2.1. METODOLOGÍA DEL DERECHO PENAL: NEOKANTISMO.....	19
2.1.1. La pena en sentido jurídico. Aproximación inicial.....	19



2.1.2.	El modelo metodológico neokantiano. El Derecho penal como parte de las Ciencias de la Comprensión o del Espíritu.	35
2.1.3.	Modelo metodológico neokantiano. El Derecho penal y la dimensión comprensiva (los usos del lenguaje normativo, valorativo y adscriptivo).	47
2.1.4.	Modelo metodológico neokantiano. El Derecho penal y la estructura vertical (agente del delito, norma jurídico-penal y Estado).	58
2.2.	TEORÍAS DE LA PENA.....	73
2.2.1.	Teorías absolutas de la pena.....	76
2.2.2.	Teorías relativas.	105
2.2.3.	Teorías mixtas.	140
2.2.4.	Excursus. Las teorías de la pena en el Perú.	156
3	CAPÍTULO III: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	164
3.1.	Resultado I.....	164
3.2.	Resultado II.....	171
3.2.1.	Estructura vertical: Estado.	172
3.2.2.	Estructura vertical: Norma jurídica.	173
3.2.3.	Estructura vertical: Agente del delito.....	181
3.3.	Resultado III.....	182
4	CONCLUSIONES.....	183
5	RECOMENDACIONES.....	186
6	REFERENCIAS.....	187



RESUMEN

La ciencia del Derecho penal mediante las teorías de la pena ha buscado elaborar una fundamentación racional a la intervención punitiva del Estado frente al ciudadano, cuando éste ha realizado una conducta delictiva. Resultado de esta monumental labor dogmático-penal, que ocupa siglos, es el nacimiento de planteamientos como la retribución, la prevención general (negativa), la prevención general (positiva), la prevención especial y posiciones mixtas.

Todas ellas, encausadas en el propósito de elaborar un esquema de legitimación para el Derecho penal, incorporaron en sus fundamentaciones —eso sí, de forma muy variada— elementos descriptivos, normativos, fácticos, valorativos, entre otros.

Cada teoría de la pena, puso particular énfasis o atención a uno u otro elemento, siendo esto, precisamente, aquello que en el tiempo permite diferenciarlas y, asimismo, reconocer como sus características esenciales.

La irrupción del neokantismo en el Derecho penal, aquella que dota de científicidad la labor dogmático-penal, advierte que los ámbitos que le son propios a nuestra disciplina —en cuanto ciencia—, lo constituyen únicamente aspectos relacionados con lo normativo, lo valorativo y lo adscriptivo; situación que obliga ineludiblemente a revisar y analizar críticamente los postulados que cada una de las referidas teorías de la pena sostiene.

Asimismo, apreciamos que la estructura vertical conformada por el agente del delito, la norma jurídica y el Estado es la propia del Derecho penal, lo cual merece



ser tenido en cuenta al momento de analizar los fundamentos y relaciones que cada teoría de la pena presenta frente a dicha estructura; y no solo eso, sino también, resulta necesario precisar el efecto que produce tal estructura vertical sobre las teorías de la pena en general.

La presente investigación se dirige a dar respuesta a cada uno de los cuestionamientos que se advierten, siendo nuestras interrogantes: ¿Qué teorías de la pena se corresponden con el modelo metodológico neokantiano?, ¿cuáles teorías de la pena responden a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado? y ¿cuál es el efecto jurídico que genera la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena?, las cuales nos permitirán identificar de mejor manera los ámbitos que le son propios a nuestro Derecho penal, ello, en cuanto parte de las ciencias del espíritu.

Palabras clave: teorías de la pena, neokantismo, delito, Estado, norma jurídica, agente del delito.



ABSTRACT

The science of criminal law, through the theories of punishment, has sought to elaborate a rational basis for the punitive intervention of the State against the citizen, when he has committed a criminal conduct. The result of this monumental dogmatic-penal work, which occupies centuries, is the birth of approaches such as retribution, general (negative) prevention, general (positive) prevention, special prevention and mixed positions.

All of them, all aimed at elaborating a scheme of legitimization for criminal law, incorporated in their foundations —albeit in a very varied way— descriptive, normative, factual and evaluative elements, among others.

Each theory of punishment placed particular emphasis or attention on one or another element, and this is precisely what has made it possible to differentiate them over time and also to recognize their essential characteristics.

The irruption of neo-kantianism in criminal law, that which endows the dogmatic-criminal work with scientificity, warns that the areas that are proper to our discipline -as a science-, are only aspects related to the normative, the valorative and the ascriptive; a situation that unavoidably obliges to review and critically analyze the postulates that each of the referred theories of punishment sustains.

Likewise, we can see that the vertical structure formed by the agent of the crime, the legal norm and the State is the very structure of criminal law, which deserves to be taken into account when analyzing the foundations and relationships that each theory of punishment presents in relation to that structure; and not only that, but it



is also necessary to specify the effect that such vertical structure produces on the theories of punishment in general.

The present research is aimed at answering each of the questions that arise, our questions being: Which theories of punishment correspond to the neo-Kantian methodological model? Which theories of punishment respond to the vertical structure constituted by the agent of the crime, the legal-criminal norm and the State, and what is the legal effect generated by the vertical structure constituted by the agent of the crime, the legal-criminal norm and the State on the theories of punishment?, which will allow us to better identify the areas that are proper to our criminal law, as part of the sciences of the spirit.

Keywords: theories of punishment, neo-kantianism, crime, State, legal norm, agent of crime.



CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MÉTODO

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestros días, suele ser un auténtico lugar común el que se haga alusión a que el Derecho penal se encuentra en «crisis», entendiéndose que este es un fenómeno característico únicamente del Derecho penal contemporáneo. Sin embargo, esta afirmación resulta incorrecta o, al menos inexacta. La «crisis» es algo connatural al Derecho penal en cuanto conjunto normativo o, como mínimo, esta resulta inmanente al Derecho penal moderno surgido de la Ilustración —materializado en los primeros Estados de Derecho—, pues en ellos, surge la antinomia entre libertad y seguridad, que en el ámbito del Derecho penal se presenta como la tensión entre prevención y garantías, entre legalidad y política criminal. En un inicio, dentro de estos primeros Estados de Derecho, la tensión descrita no fue resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención, lo que, razonablemente, permite reconocer —en el Derecho penal— un principio de «crisis», de tensión interna, que permanece hasta nuestros días. (SILVA, 2012, pp. 3-4).

Así, de acuerdo con lo mencionado, pueden identificarse tres dimensiones en donde aquella tensión interna despliega sus efectos, reconociéndose: (i) una crisis de legitimación, (ii) una crisis de identidad y (iii) una crisis de legitimidad epistemológica. En lo que respecta a la crisis de legitimación, encontramos que aquello que se cuestiona es la justificación que emplea el Estado para recurrir a la maquinaria penal, su más poderoso instrumento. La denominada crisis de la «ciencia del Derecho penal», que origina la crisis de identidad, cuestiona cuál es el



modelo a adoptar y su auténtica utilidad social. Y por último, la crisis de legitimidad epistemológica, incide, específicamente, sobre su validez científica. (SILVA, 2012, p. 5).

Se aprecia sin complicaciones que el problema fundamental de la indicada «crisis» del Derecho penal, que por cierto, se encuentra interrelacionada con las tres dimensiones indicadas, lo constituye el tema relativo a la (pena estatal). En tal sentido, resulta admisible sostener que, es en el mencionado ámbito de la pena estatal donde se sitúan las principales causas de su disfuncionalidad e inmanente «crisis», que luego se irradian y afectan a todo el Derecho penal. Consecuentemente, vemos que «[l]a crisis de legitimación por la que atraviesa en la actualidad el Derecho penal —fenómeno que de todas maneras no es nuevo— trae a un primer plano el interés por un tema de siempre: el de las teorías de la pena». (ZUGALDÍA en: ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010, p. 179).

En efecto, la temática sobre la justificación de la intervención punitiva estatal frente al ciudadano autor del delito sigue conservando un lugar central en la discusión actual del Derecho penal, que por presentar una naturaleza sumamente compleja y multidimensional —filosófica, política, jurídica, económica, social—¹ se encuentra siempre expuesta a nuevas consideraciones, análisis, revisión y debate;

¹ Señalaba Arturo Rocco, desde su particular perspectiva que: (i) la pena entendida desde un aspecto social, era la reacción de la sociedad contra el delincuente que ofendía las condiciones de vida, consistente en la propia existencia y la propia conservación; (ii) desde un aspecto político, la pena comportaba uno de los medios en manos del Estado de lucha contra la criminalidad; (iii) desde un aspecto filosófico, era entendida como exigencia racional de justicia en las relaciones entre particulares y sociedad; y, por último (iv) la pena desde el punto de vista jurídico, en cuanto hecho social y político, es aquel regulado por normas jurídicas positivas (derecho penal), a partir del cual se establece una relación jurídica u objeto de un derecho subjetivo, consistente en un derecho de castigar (*ius puniendi*) por parte del Estado en contra del delincuente. (2008, pp. 11-12).



constituyendo un campo fecundo en ideas, abordada desde distintas líneas de investigación y generando nuevas aportaciones al mundo de la dogmática penal —aunque no únicamente en ella como es evidente—.

En atención a lo indicado, observamos que «[...] los intentos de justificación filosófica del Derecho penal han estado presentes al principio de toda reflexión sobre el Derecho penal, han constituido el tema de todos los grandes filósofos y al mismo tiempo de todos los grandes juristas [...]» (SCHÜNEMANN en: MONTROYA, 2020, pp. 9-10), en la que «[...], la centenaria cuestión sobre el sentido y fin de la pena ha dejado de ser un mero ejercicio filosófico carente de valor, para pasar a ser un problema central que afecta a la legitimación misma del estado moderno» (SCHÜNEMANN en: SILVA (ED.), 1997, p. 89; YACOBUCCI en: JAÉN, 1999, p. 10).

Precisamente, su importancia en la dogmática penal radica en que con ella se ha buscado elaborar una fundamentación racional a la intervención punitiva del Estado frente al ciudadano, cuando éste ha realizado una conducta delictiva. Es en ese contexto jurídico-penal —donde unos buscaban el sentido o la esencia de la pena y en el que otros le asignaban finalidades sociales—, que fue en el que se dio la tradicional división de las teorías de la pena en absolutas y relativas, con las que se buscaba superar el problema capital de la intervención penal.

Dicha división tradicional en teorías absolutas y relativas, fue propuesta por primera vez por Anton BAUER en 1830. El texto donde se expone esta nueva ordenación de ideas fue originalmente publicado en alemán bajo el título [*Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller*



Strafrechtstheorien].² Como se sabe, el mencionado jurista y profesor de la Universidad de Göttingen, ordenó las diversas propuestas teóricas que sobre la pena se elaboraron hasta ese momento; división que conserva validez —aunque con matices— hasta nuestros días. (ZAFFARONI, 1998, p. 83; ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, 2002, p. 56).

Al margen de que la división de las teorías de la pena ofrece un marco didáctico y explicativo sobre los problemas de legitimación de la cuestión penal, por otro lado, también contribuyó a que esas divisiones teóricas —con el tiempo— desembocaran en desarrollos y propuestas acentuadamente antagónicas e irreconciliables, ya sea, privilegiando consideraciones ideales de justicia (retribución) o atendiendo —marcadamente— a objetivos sociales a través de la pena (prevención).

Estos inconvenientes propios de la dogmática penal —en tanto problema fundamental de legitimación del Derecho penal—, intentaron ser resueltos por medio de posiciones mixtas o eclécticas, entendimiento que encontró en Adolf MERKEL su principal iniciador (2013, pp. 177 y ss.; MIR, 2016, p. 94; MIR, 2003, p. 195). Las teorías mixtas de la pena combinaban los postulados teóricos de ambas líneas de pensamiento —absolutas y relativas—, posición que llegaría a ser acogida mayoritariamente por la doctrina; aun cuando, vistos desde sus fundamentos, presentarían un cuerpo teórico contradictorio e incoherente.

² Recientemente el libro cuenta con una versión en idioma español, estando la traducción a cargo del reconocido profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI: BAUER, Anton. *La teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del Derecho penal*, Santiago de Chile, Ara Editores-Ediciones Olejnik, 2021. (Nota del autor).



Como se sabe, las teorías absolutas o de la retribución no cuentan hoy con el grado de aceptación que generaron en su tiempo de la mano del idealismo alemán, lo que condujo, inclusive, a que llegara a afirmarse la llegada del adiós definitivo de las teorías absolutas, como así lo hiciera Ulrich KLUG, catalogándola como la «Despedida de Kant y Hegel» (2002, pp. 31-36).

Si bien dentro de las teorías relativas de la pena, la prevención especial (resocializadora) tuvo un gran impacto luego de la presentación del Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966 para la reforma penal de la República Federal de Alemania (ROXIN, 1997, p. 86),³ en la actualidad, la prevención general (positiva) ocupa un lugar preponderante dentro de las teorías de la pena, siendo la postura que mayor reconocimiento goza por parte de la doctrina en cuanto justificación de la intervención punitiva del Estado; compartiendo tal atención —aunque con menor intensidad y nuevos matices— con la prevención especial. (ROXIN, 2021, pp. 114-129).

En esa incesante tarea por determinar el fundamento legitimante de la pena estatal, cada propuesta teórica identificaba aquello que debía perseguirse con ella. Los partidarios de las teorías absolutas coinciden en que con ella se retribuye el mal que se ha causado con el delito, siendo a su vez, manifestación de esta, aspectos

³ Cuando se hace mención a la prevención especial, por lo general, se piensa en la (resocialización) como exclusiva manifestación de ella, al punto de asociar inmediatamente la prevención especial con la resocialización. Sin embargo, en la formulación original propuesta por Franz VON LISZT —el más importante político-criminal de su época y representante de la prevención especial— en su conocido Programa de Marburgo (1882), concebía como fines de la pena en términos preventivo-especiales: (i) la intimidación contra el delincuente ocasional; (ii) la resocialización para el delincuente reiterativo corregible y, (iii) la inocuización para el delincuente incorregible. Por lo que, la (resocialización) es solo una de otras manifestaciones de la prevención especial. Así, indicaba expresamente: «1º) *Corrección de los delincuentes capaces y necesitados de corrección*; 2º) *Intimidación de los criminales no necesitados de corrección*; 3º) *Inocuización de los criminales incapaces de corrección (sic)*». (VON LISZT, 1998, p. 63).



expiatorios o de reparación. (SOLER, 1992, p. 373).⁴⁵ Por su parte, los seguidores de las teorías relativas, inciden en su aspecto social, es decir, en que la pena debe ser útil para la sociedad, y lo es cuando su finalidad es la prevención de delitos como medio para proteger determinados intereses sociales que son reconocidos por el derecho positivo —bienes jurídicos—, proyectándose sobre toda la colectividad o actuando sobre el sujeto que ya ha delinquido. (MIR, 2016, pp. 88 y 91; BACIGALUPO, 1999, p. 29).

En este punto, conviene mencionar que la determinación del fin de la pena —*deber ser* de la pena— no ha sido ajena a nuestra realidad nacional. Conforme se

⁴ Sobre este punto, dentro de las teorías absolutas, son bastante ilustrativas las distinciones realizadas por Sebastián SOLER. Sobre estas específicas formulaciones —expiación, arrepentimiento y reparación— dentro de las teorías absolutas, son bastante ilustrativas las distinciones realizadas por Sebastián SOLER. Recurriendo el autor indicado a lo sostenido en su momento por Karl BINDING, se entendía —en su tiempo— que la pena podía desplegar un doble efecto —con carácter excluyente— consistente en: (i) reparación o (ii) pura retribución. En cuanto al primero —reparación—, el delito era entendido como un mal que debía ser curado, que podía repararse y, en tal sentido, la pena era el único medio de reparación. En cuanto al segundo —pura retribución—, se comprendía que el delito era un mal definitivo e irreparable, en tanto que la pena era la única forma ineludible de retribución. (1992, p. 373).

Por otro lado, partiendo Sebastián SOLER, esta vez, del pensamiento de KOHLER —quien entendía la pena como reparación—, precisa que la pena llevaba implícita un dolor, que hacía expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen; posición en la cual, no se identificaba el mal en el acto exterior, sino que se le hacía recaer en la voluntad determinada por motivos inmorales. Así las cosas, en cuanto a la pena entendida como reparación, Sebastián SOLER señala lo siguiente: «[...], puede tomarse como ejemplo el pensamiento de KOHLER, para quien el dolor que la pena representa hace expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen, de manera que destruye la verdadera fuente del mal. Estas doctrinas no ven el mal del delito en el hecho exterior, sino en la voluntad determinada por motivos inmorales. Por eso, la pena es una necesidad, para llevar por el sufrimiento, a la moralidad, que es voluntad divina (Kitz)». (1992, p. 373).

Se puede observar que, el Estado buscaba por medio de la pena generar una suerte de arrepentimiento —entendida como expiación por el mal causado—, cuando conforme nuestra experiencia, el fenómeno expiatorio es de carácter estrictamente personal y moral, que depende exclusivamente de la propia persona y no de un tercero —como el Estado—.

⁵ Una importante observación sobre el particular, es la planteada por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. Observa el destacado penalista español, que la pena entendida como penitencia, únicamente admitiría que la expiación o purificación por el mal causado sea siempre simultánea o posterior a la ejecución de la pena —refiriéndose a la pena privativa de libertad—, y no anterior a ésta; siendo errónea en términos conceptuales. Agrega también, que resultaría erróneo en términos político-criminales, debido a que, se pretende por medio de la coacción estatal tratar de mover al arrepentimiento y luego a la enmienda, cuando el arrepentimiento constituye una finalidad de naturaleza moral, que se mueve en el plano horizontal. (SILVA, 2018, p. 22).



desprende de la Constitución Política del Estado, así como del Código Penal, observamos que, legislativamente, se han asumido diversas propuestas teórico-penales al respecto. Así, dentro del Título Preliminar del Código Penal se acogen tanto la prevención general (negativa y positiva),⁶ como la retribución⁷ y la prevención especial (resocializadora).⁸ En cambio, nuestra Constitución Política del Estado reconoce como finalidad de la pena —únicamente— la prevención especial (resocializadora).⁹

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la República como nuestro Tribunal Constitucional, en diferentes pronunciamientos jurisdiccionales sobre el fin de la pena, han seguido esta misma lógica de atribución múltiple. Encontramos que nuestra Corte Suprema de Justicia reconoce como finalidades de la pena: la retribución,¹⁰ la prevención general (negativa),¹¹ la prevención general (positiva)¹² y la prevención especial (resocializadora).¹³ Por su parte, el Tribunal Constitucional

⁶ Artículo I.- Finalidad preventiva

Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

⁷ Artículo VII.- Responsabilidad penal

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

⁸ Artículo IX.- Fines de la pena y medidas de seguridad

La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. [...].

⁹ Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

¹⁰ Recurso de Nulidad N° 820-2000-Tacna; Recurso de Nulidad N° 1302-2014-Lima.

¹¹ Recurso de Nulidad N° 3004-2012-Cajamarca; Recurso de Nulidad N° 1302-2014-Lima; Recurso de Nulidad N° 598-2015-Pasco.

¹² Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica; Recurso de Nulidad N° 4665-2009-Lima; Recurso de Nulidad N° 2261-2015-Lima.

¹³ Recurso de Nulidad N° 675-2004-Lima; Recurso de Nulidad N° 3496-2015-Lima Sur; Recurso de Nulidad N° 146-2016-Lima; Recurso de Nulidad N° 3437-2009-Callao; Recurso de Nulidad N° 4665-2009-Lima; Recurso de Nulidad N° 1302-2014-Lima; Recurso de Nulidad N° 598-2015-Pasco; Recurso de Nulidad N° 2261-2015-Lima.



ha reconocido muy ampliamente a la prevención especial (resocializadora) como finalidad de la pena;¹⁴ aunque es posible hallar pronunciamientos que asumen simultáneamente como fin —de la pena— tanto a la prevención general (negativa)¹⁵ y a la prevención especial (resocializadora). No obstante ello, pueden identificarse —asimismo— decisiones en el que el Tribunal Constitucional asume como finalidad de la pena solamente a la prevención general (negativa),¹⁶ como otro en que la retribución, la prevención general (negativa) y la prevención especial (resocializadora) son todas funciones atribuibles a la pena estatal.¹⁷

Ahora bien. Cuando se observan con detenimiento tales planteamientos, es posible notar que en la determinación del *deber ser* de la pena, aparecen y convergen en ella aspectos propios de las relaciones sociales interpersonales, e inclusive, aspectos estrictamente personales.

Así, se encuentran presentes en el espectro de la pena estatal (pena jurídica) elementos como la expiación, el arrepentimiento, el perdón o la reconciliación, que claramente se desenvuelven en una dimensión horizontal, ligados al entendimiento del delito como un conflicto social.

En ese sentido, el que el Estado determine y decida que con la pena estatal (pena jurídica), y solo a través de ella, se logran alcanzar tales finalidades, que

¹⁴ Expediente N° 0965-2007-PHC/TC; Expediente N° 00033-2007-PI/TC; Expediente N° 02345-2009-PHC/TC; Expediente N° 010-2002-AI/TC; Expediente N° 05559-2009-PHC/TC; Expediente N° 01575-2007-PHC/TC; Expediente N° 01711-2014-PHC/TC; Expediente N° 00012-2011-PI/TC; Expediente N° 5303-2006-PHC/TC.

¹⁵ Expediente N° 803-2003-HC/TC [*caso Pedro Felipe Cuba Ramírez o Salvador Mamani Quispe*]; Expediente N° 05559-2009-PHC/TC.

¹⁶ Expediente N° 2798-04-HC/TC [*caso Gabriel Orlando Vera Navarrete*].

¹⁷ Expediente N° 0019-2005-PI/TC [*caso Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28568 que modifica el artículo 47° del Código Penal*].



manifiestamente son propias de la dimensión horizontal —interpersonal o estrictamente personal—, no solo desfiguran los alcances y límites a que se encuentra sometido el propio Estado, sino que, además, significan una notoria e injustificada injerencia en los medios de solución del conflicto, pues, estos pertenecen al ámbito de la interacción social e incluso al ámbito de lo estrictamente personal —como señaláramos—.

Como bien apunta Jesús-María SILVA SÁNCHEZ:

[...], abrigo serias dudas acerca de la legitimidad de una coacción estatal que pretenda mover al arrepentimiento y a la reconciliación. [...], arrepentimiento y reconciliación se mueven en la dimensión horizontal —interpersonal— del delito. En cambio, la pena estatal como reacción a la lesión de la norma se mueve en la dimensión vertical —pública—. Esta distinción no excluye que se produzcan interferencias entre ambas dimensiones, como muestra, sin ir más lejos, la institución del perdón del ofendido. Es más, tales interconexiones tienen lugar seguramente de modo no infrecuente. Pero sí pretende alertar sobre la importancia de no incurrir en confusiones entre ambos planos: la dimensión horizontal —que discurre en el plano del agente, del bien jurídico, de la víctima y de la sociedad— es desde luego moral y adicionalmente jurídica, pero en todo caso no específicamente penal. En cambio, la dimensión vertical —que relaciona al sujeto con la norma jurídico-penal y el Estado— es la propia del Derecho público y, en lo que aquí interesa, del Derecho penal. (2018, pp. 21-22).



El delito, entendido como conflicto social, nos obliga a reconocer que existen componentes, finalidades y mecanismos sociales de solución que no son válidamente reconducibles y asumibles en una relación existente entre el Estado, la norma jurídico-penal y el agente del delito, que, en rigor, se desarrolla en una dimensión vertical; no obstante ello, se sabe y se tiene que, en no pocos casos, aquellos componentes de la relación horizontal: (i) son adoptados e incorporados por vía legislativa en un determinado ordenamiento penal con capacidad de producir efectos jurídicos, (ii) se dan por sobreentendidos dentro de determinada teoría penal sin repercusión jurídica alguna o (iii) no se les asigna consecuencias jurídicas pese a su manifiesta y notoria presencia.

En esa línea de ideas, la tarea de determinación y asunción de una teoría de la pena que justifique la intervención punitiva estatal ha de responder, conforme lo anotado, a la estructura vertical indicada, dimensión en la que: el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado, constituyen los elementos pautadores de la intervención penal y sus límites de actuación jurídica.

Así, conviene admitir que la identificación y determinación del *deber ser* de la pena estatal (pena jurídica), importa asumir una posición firme de reconocimiento sobre sus fundamentos de legitimación, que sea compatible: por un lado, con la dimensión vertical propia del Derecho penal (relación del sujeto con la norma jurídico-penal y el Estado), y por otro, con el método propio de la dogmática penal, esto es, con el modelo metodológico neokantiano.

Sobre la base de todo lo mencionado, resulta fundamental determinar y desarrollar el método que rige en la dogmática jurídico-penal, pues ésta nos permite



distinguir e identificar los elementos y planos en que discurre la actividad científica del Derecho penal. En tal sentido, conociendo las dimensiones en que se despliega nuestra actividad científica, podremos manejar de mejor manera cuáles teorías de la pena se ajustan a dicha metodología —como dijimos: propia del Derecho penal, la misma que dota de científicidad la actividad dogmática-penal—, y si respetándolas —o no—, éstas se ajustan a la estructura vertical: agente del delito, norma jurídico-penal y Estado.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.2.1. Problema principal.

¿Qué teorías de la pena se corresponden con el modelo metodológico neokantiano?

1.2.2. Problemas específicos.

¿Cuáles teorías de la pena responden a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado?

¿Cuál es el efecto jurídico que genera la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena?



1.3. JUSTIFICACIÓN.

1.3.1. Conveniencia de la investigación.

Es conveniente realizar esta investigación porque permite analizar la problemática referida a las teorías de la pena o fundamentos de legitimación de la intervención punitiva estatal, la misma que por contar con una pluralidad de formulaciones dogmáticas, exige determinar: (i) qué teorías de la pena se corresponde con el modelo metodológico neokantiano —modelo que dota de científicidad a la dogmática jurídico-penal—; (ii) cuáles teorías de la pena responden a la estructura vertical conformada por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado; y, (iii) cuál es el efecto jurídico que genera la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena.

1.3.2. Relevancia social.

Al determinarse cuál o cuáles teorías de la pena o fundamento de legitimación de la intervención punitiva estatal responde a las exigencias metodológicas neokantianas y a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado, lograremos contar con una justificación dogmático-penal que posibilite un mejor entendimiento del fenómeno de la pena; situación que incide directamente sobre la razón de ser del Derecho penal, sobre la toda ciudadanía y especialmente sobre aquellas personas que cumplen condena.



1.3.3. Implicancias prácticas.

Lo que se busca con la presente investigación es proporcionar una justificación jurídico-penal que en lo posterior pueda favorecer modificaciones tanto a nivel legislativo como constitucional; dado que, por un lado, una no adecuación al modelo metodológico neokantiano posibilita incorporar a nuestra ciencia objetivos que no son propios a la actividad dogmática, y por otro, un no sometimiento a la estructura vertical (agente del delito, norma jurídico-penal y Estado), genera que se agraven las confusiones sobre la específica actividad científica que corresponde a la ciencia del Derecho penal. Así, todo lo señalado, llegan a ser objeto de análisis y respuesta por parte de la presente investigación.

1.3.4. Valor teórico.

Esta investigación, partiendo de los muy valiosos e importantes aportes de distinguidos estudiosos y penalistas —sobre todo del ámbito europeo-continental—, pretende proporcionar un fundamento jurídico-penal de legitimación de la intervención punitiva estatal que responda a las exigencias propias a la metodología neokantiana y a la estructura vertical (agente del delito, norma jurídico-penal y Estado).

1.3.5. Utilidad metodológica.

Consideramos que los resultados de la presente investigación pueden estimular y aportar información para estudios dogmático-penales posteriores que, en adelante, nieguen, cuestionen o complementen el presente estudio, desde distintas líneas de investigación o perspectivas jurídico-penales.



1.4. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

El presente trabajo al ser **teórico-exploratorio —con un enfoque estrictamente cualitativo—** tiene al Derecho penal como universo de investigación. Por consiguiente, consideramos razonable delimitar conceptualmente nuestro objeto de investigación en el ámbito del Derecho penal.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.5.1. Objetivo general.

Identificar qué teorías de la pena se corresponden con el modelo metodológico neokantiano.

1.5.2. Objetivos específicos.

Conocer qué teorías de la pena responden a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado.

Determinar cuál es el efecto jurídico que genera la relación vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena.



1.6. MÉTODO.

1.6.1. Diseño metodológico.

Dogmático-documental.

Justificación. El presente trabajo es de **tipo dogmático**, porque en él se realizará una revisión de las diversas teorías de la pena, un análisis sobre los contenidos del modelo metodológico neokantiano, así como la vinculación de todas ellas con la estructura vertical (agente del delito, norma jurídico-penal y Estado). Es de **tipo documental**, porque para su realización se necesitará de una bibliografía extensa que deberá ser consignada y estudiada.

1.6.2. Método.

Teórico-exploratorio.

Justificación. El presente trabajo es de **tipo teórico**, porque se trata de proporcionar una explicación articulada sobre el fenómeno de la pena en sus múltiples formulaciones legitimantes —denominadas como teorías de la pena—. Es de **tipo exploratorio**, porque por medio del presente trabajo se posibilita dar pasos preliminares y permite dar pasos más profundos en la investigación sobre el modelo metodológico neokantiano, su influencia sobre las teorías de la pena y su articulación con la estructura vertical (agente del delito, norma jurídico-penal y Estado). Es de **tipo exploratorio**, porque abre el camino para otras investigaciones más profundas en el futuro.



1.7. HIPÓTESIS DE TRABAJO.

1.7.1. *Hipótesis principal.*

Dado que las diversas teorías de la pena que se han formulado a lo largo del tiempo han buscado proporcionar una fundamentación racional a la intervención punitiva estatal, consideramos que la teoría de la prevención general (positiva) es la propuesta teórica que mejor se corresponde con las exigencias propias del modelo metodológico neokantiano.

1.7.2. *Hipótesis específicas.*

Estimamos que las teorías de la pena que responden a la estructura vertical —constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado— está conformada por: la teoría de la prevención general (positiva) y por la teoría dialéctica de la pena de Claus ROXIN.

Consideramos que el efecto jurídico de la estructura vertical —constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado— sobre las teorías de la pena, estaría conformado por el hecho de que no se busquen a través de la pena, finalidades u objetivos que incidan sobre el estricto ámbito personal e interno del agente del delito, sino, solamente aquellas que sean propias con dicha estructura (vertical); vale decir, que en la base de toda construcción teórica de la pena se encuentre siempre el respeto y protección de la dignidad humana —cuyo fundamento lo constituye el ser humano dotado de racionalidad y libertad—.



1.8. CATEGORÍAS DE ESTUDIO.

Considerando que la presente investigación es de carácter **CUALITATIVO**, el estudio no requiere operacionalizar variables y medirlas estadísticamente; es así que, el presente trabajo solo consigna categorías de estudio.

1.8.1. Categorización.

Primera categoría.

- Teorías de la pena.

Segunda categoría.

- Modelo metodológico neokantiano (normativo, valorativo y adscriptivo)

Tercera categoría.

- Estructura vertical (agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado).

1.9. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.

- **Teorías de la pena.**

Se trata de principios o axiomas legitimantes de la intervención punitiva del Estado. Las teorías de la pena buscan proporcionar una justificación racional a la consecuencia jurídica más violenta que posee el Estado: la pena.



- **Método.**

Consiste en el modo sistemático y ordenado de proceder para poder llegar a un resultado o finalidad determinada.

- **Neokantismo.**

Corriente filosófica de la segunda mitad del siglo XIX, que llevó a que la ciencia se divida entre ciencias naturales y ciencias del espíritu.

- **Norma jurídica.**

Una norma jurídica es una prescripción consistente en un mandato o prohibición que se dirige a la ciudadanía en general.

- **Estado.**

Es aquella comunidad social con una organización política, territorio, población y soberanía propios. Se trata de la sociedad políticamente organizada.

- **Agente del delito.**

Se refiere a aquella persona que realiza un comportamiento calificado como delictivo conforme un ordenamiento jurídico-penal determinado.



CAPÍTULO II: DESARROLLO TEMÁTICO.

2.1. METODOLOGÍA DEL DERECHO PENAL: NEOKANTISMO.

2.1.1. *La pena en sentido jurídico. Aproximación inicial.*

Como primera aproximación, consideramos que el propio ordenamiento jurídico permite a través de sus disposiciones normativas contenidas en el Código Penal y Leyes Penales Especiales —rectius: derecho positivo vigente—, deducir una definición de pena. En tal sentido, el resultado del procedimiento lógico-deductivo practicado será entendido como un concepto formal de pena.

Como bien apuntan Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, «[...] el concepto de pena se plantea, en principio, como un concepto formal», conviniéndose en que, la «[p]ena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo». (2010, p. 46).

Sin embargo, como puede observarse a simple vista, este concepto formal no se encuentra exento de cuestionamientos e insuficiencias, puesto que: por un lado, con él no se especifica cuándo y bajo qué condiciones es que determinada conducta ha de ser catalogada como delito y consecuentemente sancionada con una pena, y por otro, tampoco nada se dice sobre la naturaleza y finalidad de la sanción penal impuesta. (MUÑOZ Y GARCÍA, 2010, p. 46; MUÑOZ, 2001, p. 70; MUÑOZ, 1999, p. 2).

Partiendo de lo anotado, debemos de reconocer entonces que el recurso al ordenamiento jurídico-penal como primer acercamiento, ciertamente, no



proporciona una respuesta adecuada y plenamente satisfactoria sobre el contenido de la pena estatal; aunque sí da cuenta de los elementos que componen la estructura de la norma jurídico-penal: el delito y la pena.

Siendo este el contexto, y asumiendo la advertencia indicada, observamos que un criterio de análisis que permite distinguir de mejor manera nuestro objeto de estudio —pena estatal— es el planteado por Santiago MIR PUIG, quien parte de la distinción de una serie de planos en que se despliega la consecuencia jurídico-penal. Siguiendo dicho esquema de análisis, es posible identificar tres niveles, a saber: (i) el sociológico, (ii) el jurídico-penal y (iii) el filosófico-jurídico o político criminal.

En ese entender, sostiene que: (i) será uno de nivel sociológico, si nos atenemos a la función o funciones que *efectivamente* despliega la pena en la realidad social; (ii) corresponderá al nivel jurídico, si nos ocupamos de qué función se le asigna al Derecho penal —pena— como *programa normativo*, ligado necesariamente al derecho positivo, independientemente de si de hecho logra o no cumplirla en la realidad; y, finalmente, (iii) comportará un nivel filosófico-jurídico o político criminal, si el tema a tratar está conformado por aquello que el Derecho penal —pena— *debería cumplir (de lege ferenda)*. (2016, p. 84).

Como resulta evidente, este esquema proporciona una serie de criterios para una adecuada comprensión del problema penal, proponiendo una estructura de estudio ajustada a niveles; no obstante ello, nos advierte a su vez de que la perspectiva que se adopte y aplique en su oportunidad —sociológica, jurídico-penal o filosófico-jurídica— no significará practicar una misma operación de análisis para



cada una de ellas, puesto que cada nivel de estudio exige —necesariamente— un enfoque diferenciado.

A manera de ejemplo tenemos que: el ocuparse de describir los efectos específicos y concretos que produce la pena en determinada realidad social (nivel sociológico) no comportará lo mismo que proponer cuál debería ser la finalidad más adecuada que corresponda a la pena (nivel filosófico-jurídico o político criminal), pues, incluso este último aspecto puede ir en contraposición con lo previa y expresamente establecido en un ordenamiento jurídico-penal concreto (nivel jurídico).

Así las cosas, y atendiendo al esquema ajustado a niveles, sabemos que, en un caso, corresponderá una labor eminentemente descriptiva, y en otro, obligará a exponer cuáles son las (razones) que sustentan la crítica al ordenamiento jurídico-penal vigente o cuáles (razones) amparan una eventual pretensión de modificación legislativa.

De lo señalado, se aprecia sin complicaciones que la distinción de los planos o niveles de la pena nos conduce y termina por enmarcar en aquello que se conoce como *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*.

Esta distinción que es propia de la filosofía de la ciencia —*contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*— se empleó para explicar los procesos de formación de las teorías científicas, que, siguiendo lo dicho por Hans REICHENBACH —precursor del origen de la distinción—, solo el *contexto de justificación* es epistemológicamente relevante para la labor científica; dejándose de lado, por tanto, lo relativo al *contexto de descubrimiento* a consideraciones



sociológicas, psicológicas o históricas que inciden sobre los procesos de formación de las teorías científicas. (SOTOMAYOR, 2021, p. 110; en la misma línea GARCÍA en: GASCÓN Y GARCÍA, 2017, pp. 140-141).

En atención a lo mencionado, y como es obvio, resulta adecuado emplear esta distinción propia de la filosofía de la ciencia, pues ambos contextos y sus respectivas actividades de explicación y justificación se encuentran íntimamente relacionados con la labor dogmática.

Al respecto, indica Manuel ATIENZA que el *contexto de descubrimiento* es «la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia». Por otro lado, señala que el *contexto de justificación* está conformado por «el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última tarea requiere un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y se rige por las reglas del método científico (que, por tanto, no se aplican en el contexto de descubrimiento)». (2016, p. 31)

Este esquema de análisis de los contextos puede ser trasladado al campo del Derecho, específicamente al terreno de la argumentación jurídica, la misma que se ocupa de cuestiones tan importantes como: (i) la determinación del procedimiento mediante el cual se establece una premisa o una conclusión y (ii) el dar cuenta del



proceso de justificación de dicha premisa o conclusión. (ATIENZA, 2016, pp. 31-32).¹⁸

Ello permite que dentro del *contexto de descubrimiento* se puedan circunscribir y distinguir los móviles, creencias, prejuicios, doctrinas, ideologías, entre otros, que influyeron en la toma de decisión y posterior ejecución de un comportamiento, debido a que permiten explicar qué es aquello que pudo condicionar el acto de un determinado individuo o grupo humano. Cabe por lo tanto admitir que tales motivaciones pueden darse en escenarios de la vida diaria como en ambientes propios de la actividad jurídica: sea teórica o práctica.

En cambio, dentro del *contexto de justificación*, se precisa saber bajo qué condiciones un argumento puede considerarse como justificado. Por ello, cabe hablar de: (i) una justificación formal, cuando un argumento es formalmente

¹⁸ A efectos de ofrecer una clara distinción entre ambos contextos, utiliza como ejemplo el caso español GRAPO, consistente en la huelga de hambre adoptada por varios presos de los Grupos Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO) como medida para conseguir determinadas mejoras en su situación carcelaria. El problema consistía en la negativa de ingesta de alimentos por parte de los reclusos, la misma que ponía en grave riesgo sus vidas y su salud por lo prolongado de la medida, discutiéndose si cabía alimentarlos por la fuerza. Ante ello, algunos órganos judiciales autorizaron la alimentación de los presos cuando estos se encontraran en estado de plena consciencia y manifestaran su negativa; otros, por el contrario, señalaban que solo cabía dicha autorización cuando el preso hubiera perdido la consciencia.

Siendo este el escenario, señala: «Si pensamos en el argumento que concluye afirmando: *A los presos del Grapo se les debe alimentar por la fuerza*, podemos trazar la distinción entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que movieron a un determinado juez a dictar esa resolución y las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada). Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una *razón explicativa*; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una *razón justificatoria*. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas». (ATIENZA, 2016, pp. 30, 32).



correcto y de (ii) una justificación material, cuando un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable. (ATIENZA, 2016, p. 34).¹⁹

Entonces, a modo de conclusión, hemos de entender por «descubrimiento» el proceso psicológico a través del cual un sujeto llega a una conclusión (una creencia, una decisión, etc.), y «[p]or «justificación», [...], el razonamiento —el conjunto de razones o argumentos— a través del cual el mismo sujeto justifica (defiende) la conclusión a la que ha llegado». (GUASTINI, 2016, p. 24).

Atendiendo a todo lo señalado, entendemos que la argumentación jurídica constituye el campo en el que se desarrolla la actividad justificatoria, siendo este aspecto el que nos ocupará en lo sucesivo. Conviene por tanto, desarrollar en lo necesario, el ámbito de la argumentación.

a) La argumentación jurídica. Nociones.

Siguiendo a Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA podemos entender como argumentación jurídica a aquella actividad que está dirigida a la argumentación a partir de normas jurídicas; o, dicho de otro modo, consiste en ocuparse de la argumentación de las decisiones cuyo sistema de justificación es un ordenamiento

¹⁹ Una formulación novedosa es la planteada por Enrique SOTOMAYOR, quien propone una distinción tripartita entre: (i) contexto de descubrimiento, (ii) contexto de juicios justificados (o parcialmente justificados) y (iii) contexto de justificación. Apunta el citado autor: «El contexto de juicios justificados está compuesto por el conjunto de creencias y prejuicios —tradicionalmente asociados con el contexto de descubrimiento— que forman parte del andamiaje conceptual del tomador de decisiones, y que están parcialmente racionalizados o pueden ser racionalizados mediante diversas estrategias. Frente a estos, los factores del tipo sesgos cognitivos no pueden ser directamente racionalizados salvo empleando estrategias para que los tomadores de decisiones sean conscientes de la posible incidencia de formas sesgadas de pensamiento o, en la variante extrema, empleando mecanismos de arquitectura de las decisiones». (SOTOMAYOR, 2021, pp. 121-124).



jurídico. Por lo que, hablar de argumentación jurídica es hacer referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el Derecho. (en: GASCÓN Y GARCÍA, 2017, pp. 46, 49 y 52).

En ese sentido, en cuanto a la argumentación jurídica, existen tres modos característicos de aproximarse a ella: (i) formal, (ii) material y (iii) pragmática. En la concepción formal, específicamente, importa su corrección lógico-formal, es decir, ocuparse de la problemática de si a partir de determinados enunciados —premisas— se puede pasar a otro —conclusión—. En la concepción material, en cambio, lo que importa no es ya la corrección lógica de los enunciados, sino que ésta se ocupa de qué es aquello que hace verdaderos o correctos tales enunciados —razones—, actuando como fundamento de análisis los hechos naturales o institucionales, según sea el caso. Por último, la concepción pragmática entiende la argumentación como un proceso lingüístico dirigido a lograr la persuasión del auditorio o a interactuar con otra u otras personas para llegar a un acuerdo respecto de un problema teórico o práctico. (ATIENZA, 2013, pp. 110-111).

Resulta inevitable notar —por ser obvio— que cada una de las concepciones o dimensiones de la argumentación indicadas, se ocupan cada una de ellas de un concreto tipo de problema. Cabe reconocer, a su vez, que todas ellas contribuyen de manera determinante a una mejor comprensión de la teoría y práctica jurídica. En ese entendimiento, los conflictos sociales que adquieran relevancia para el Derecho, pueden ser abordados desde las tres dimensiones, cada una desde sus propias particularidades.



Conviene advertir en este punto que, las particularidades que presenta cada dimensión de la argumentación no nos debe conducir a sostener que la atención puesta a un problema puntual solo podrá ser abordado desde una única y específica perspectiva —sea formal, material o pragmática—, y por tanto, excluyente de las demás, como si de compartimentos estancos y análisis restringidos se tratara; al contrario, cada una, desde sus propias exigencias y singularidades se articula con las demás, descartándose cualquier idea sobre posibles incompatibilidades.

Con la intención de concluir este breve acercamiento sobre la argumentación (jurídica) —en general—, suscribimos lo señalado por Manuel ATIENZA, quien afirma que:

[...] los criterios de corrección material presuponen los formales, esgrimir un argumento válido desde el punto de vista de la lógica tiene un gran valor teórico, etc. [...] las «empresas racionales» en que se ven envueltos los seres humanos tienen, o pueden tener, cierta vocación de totalidad, en el sentido de que los fines y los valores de esas empresas no son exclusivamente formales, materiales o pragmáticos, sino que pueden responder a una combinación de los tres.

Esto último es lo que ocurre en la ciencia, en la moral o en el Derecho. En el caso del Derecho, podría decirse que cada una de esas tres concepciones está íntimamente conectada con algún valor básico de los sistemas jurídicos. La certeza, con la concepción formal [...]. La verdad y la justicia, con la concepción material. Y la aceptabilidad y el consenso, con la concepción pragmática. (2013, pp. 113-114).



Ahora bien, asumiendo lo hasta aquí expuesto, corresponde abordar la cuestión referida a los elementos necesarios para poder llevar a cabo la tarea argumentativa, que como dijimos, comporta una labor que no es ajena a la dogmática penal; para luego —y con ello finalizar este apartado—, ocuparnos sobre las dimensiones en que se desarrolla el lenguaje y las funciones específicas a que dan lugar en el marco metodológico delineado —propio de las ciencias del espíritu o de la comprensión—, al interior de las denominadas teorías de la pena y del Derecho penal.

b) Argumentación, argumentación jurídica, contexto de justificación y razones.

Podemos afirmar que la argumentación en general, debido a las dimensiones en que se despliega, está dirigida a la resolución de conflictos. Por lo tanto, resulta admisible sostener que toda aquella actividad argumentativa que tiene como objetivo la resolución de conflictos, ha de apoyarse necesariamente en una serie de razones que permitan y posibiliten alcanzarla; pues, «[l]o que da sentido a hablar de argumentación es el planteamiento de un problema que requiere una solución, en favor de la cual deben aportarse razones». (ATIENZA, 2013, p. 643).

En líneas anteriores, adelantamos que la labor de justificación —*contexto de justificación*— importa la explicitación del razonamiento —dar cuenta de las razones— realizado por un sujeto para defender su decisión o propuesta de solución a determinado problema.



Es por ello que, a fin de esclarecer de mejor manera los contornos del *contexto de justificación*, conviene proporcionar una definición del término «razón», especialmente, determinar qué se entiende por tal dentro del ámbito jurídico. Esto responde básicamente a que toda propuesta que se precie científica —o pretenda serlo— ha de determinar de manera expresa y específica las razones en que se sustenta —premisas— la decisión asumida —conclusión—.

Al respecto, una definición del término «razón» nos la ofrece Riccardo GUASTINI, quien indica lo siguiente:

Las razones son, [...], enunciados lingüísticos que se aducen públicamente para defender o justificar una tesis o una decisión, es decir, son las premisas de un razonamiento. Un razonamiento es, precisamente, una secuencia de enunciados en la que al menos un enunciado funciona como conclusión (tesis o decisión), mientras que los restantes funcionan como premisas, argumentos, o razones en favor de la conclusión. (2016, p. 24).

Por su parte, anota Carlos Santiago NINO:

Las razones justificatorias u objetivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista, como el punto de vista moral, el prudencial y tal vez el jurídico, según sea la conclusión de esta misma discusión. (2013, p. 126).

Atendiendo a lo anotado, la explicitación de las razones permite que se conozcan con certeza cuáles son los argumentos con los que se busca sustentar una



propuesta de solución, o saber, cuáles fueron los argumentos en los que descansa una decisión previamente adoptada. Por otro lado, la explicitación de las razones permite advertir también si la labor de argumentación resulta —o resultó— insuficiente, incoherente o contradictoria.

Apreciamos, entonces, que la argumentación jurídica —en cuanto producto— posibilita un control posterior sobre los contenidos del razonamiento adoptado, situación que resulta fundamental para el Derecho penal.

c) Argumentación jurídica y lenguaje.

Todo el proceso argumentativo y su respectivo producto, se expresan a través del lenguaje. Es a través del lenguaje que nos es posible describir con palabras el mundo que nos rodea —uso o función informativa o descriptiva—, nos posibilita expresar o provocar emociones o sentimientos en las personas —uso o función expresiva o emotiva—, nos permite formular preguntas o requerir información —uso o función interrogativa—, nos sirve para generar un determinado contexto en el cual pronunciar unas palabras implica realizar la acción a que esas palabras se refieren —uso o función operativa, ejecutiva o performativa—, así como nos proporciona el medio para poder dirigir el comportamiento de los demás o influir a que actúen de determinado modo —uso o función prescriptiva o directiva—. (NINO, 2017, pp. 63-64; ATIENZA, 2018, p. 33).

Ya en este punto, valiéndonos de las aportaciones de la filosofía analítica del derecho, «que es el ejemplo paradigmático de la teoría del derecho en nuestros



días» (GUASTINI, 2016a, p. 49), conviene ocuparnos de cuestiones relativas a: (i) qué se entiende por definición, (ii) cuántos tipos de definición existen y (iii) cuántas modalidades de enunciados se reconocen. Esto nos permitirá distinguir, en lo posterior, cómo es que se desarrolla y ha ido desarrollando la labor argumentativa dentro del contexto de las teorías de la pena y, asimismo, saber cuál es el uso que se hacen de cada una de las categorías anotadas —hasta el momento— por la ciencia del Derecho penal.

Al respecto, podemos señalar que una «definición» es el enunciado mediante el cual se determina el significado de un término o de una expresión compuesta (sintagma). (GUASTINI, 2016, p. 20). Así, atendiendo a lo dicho, notamos que toda definición conlleva el establecimiento de un significado respecto de un término o sintagma —expresión compuesta— por medio de un enunciado.

Empero, esa determinación de significado dependerá de aquello que se busca o quiere definir. Sabemos que en la tarea de establecer el significado respecto de una palabra o palabras, esta podrá estar asociada generalmente al uso común del lenguaje, podrá deberse a una nueva forma de entenderlo o a una mayor precisión de los contenidos de estos términos; o incluso, resulta posible en este contexto, el surgimiento de un nuevo término o sintagma que precise su correspondiente definición.

Esto nos conduce a reconocer dos tipos de definiciones, que siguiendo a Riccardo GUASTINI la conforman: las definiciones informativas y las definiciones estipulativas. Sobre el particular, señala lo siguiente:



- i) Las definiciones informativas, las cuales describen cómo es usada la expresión definida efectivamente por alguien (un típico ejemplo serían las definiciones lexicográficas contenidas en el diccionario de una lengua, las cuales describen de qué manera es usada comúnmente una palabra por aquellos que hablan la lengua en cuestión).
- ii) Las definiciones estipulativas, las cuales *a)* proponen usar un término o sintagma preexistente de un modo nuevo, o *b)* sugieren usar un término o sintagma preexistente de una forma más precisa respecto del uso común, o bien *c)* establecen cómo usar un término o sintagma de nueva creación. En particular, las definiciones que proponen usar una expresión ya en uso de una manera más precisa respecto del uso común se llaman «redefiniciones». (2016, p. 21).

Cuando nos ocupamos de las definiciones informativas, vemos que estas pueden ser pasibles de ser verdaderas o falsas, ello, según su correspondencia con el uso efectivo del término en un contexto determinado.

En cambio, cuando nos ocupamos de las definiciones estipulativas, nos damos cuenta de que no versan sobre cosas, sino sobre las propias palabras, por lo que no son ni verdaderas ni falsas; pues, no describen objetos y solamente se encargan de configurar conceptos.

Por otro lado. Esta vez abordando el tema referido a los enunciados, nos resulta posible identificar dos tipos de enunciados: por un lado, los enunciados



empíricos, y por otro, los enunciados analíticos. Ambos tipos de enunciados están ligados con lo abordado previamente en el ámbito de las definiciones.

Los enunciados empíricos se refieren a hechos o a cosas, respecto de los cuales se puede predicar si son verdaderos o falsos, la misma que se deberá a si se corresponden o no con la realidad. (GUASTINI, 2016, pp. 21-22). En cambio, los enunciados analíticos no versan sobre hechos, los cuales serán necesariamente verdaderos o necesariamente falsos, dependiendo de su estructura lógica y del significado de los términos que lo componen. (GUASTINI, 2016, p. 22).

Ahora bien. Observamos que la actividad dogmática está ineludiblemente ligada al empleo de definiciones —informativas o estipulativas— y enunciados —empíricos o analíticos—. Así, la actividad dogmática penal, consciente o inconscientemente, las emplea en sus distintas elaboraciones y planteamientos para proveer de una base justificatoria a sus postulados. No obstante, el empleo de estas definiciones y enunciados, que responden a ámbitos de análisis específicos, con frecuencia suelen ser confundidos o entremezclados sin más al interior de dicha labor dogmática.

Sobre la base de lo expuesto y a modo de una breve precisión. Dado que nuestro objeto de estudio se centra en lo estrictamente jurídico-penal, tenemos que las funciones o usos del lenguaje más frecuentes en la labor dogmática suelen circunscribirse a: (i) lo informativo o descriptivo, (ii) a lo prescriptivo o directivo y a (iii) lo adscriptivo o imputativo —pudiendo esta última función o uso del lenguaje, entenderse de dos modos posibles: como primer modo posible, lo configuraría la atribución de sentido o significado social a un hecho en concreto y, como segundo



modo posible, lo conformaría la atribución de un hecho específico a una persona determinada—.

Sobre este punto, resulta sumamente esclarecedor lo expresado por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ:

Es cierto que, también en Derecho penal, debe distinguirse, al menos, entre enunciados descriptivos, prescriptivos y adscriptivos. Los primeros, más propios de las ciencias experimentales, se expresan en términos de “ser” y son susceptibles de recibir predicados de verdad o falsedad. Los segundos, propios del lenguaje de las normas, se expresan en términos contrafácticos (más o menos velados) y no son susceptibles de recibir predicados de verdad o falsedad en sentido estricto. Los terceros son propios del lenguaje de la responsabilidad y expresan una vinculación que puede ser, al menos, de dos clases. Por un lado, puede tratarse de asociar a un hecho empírico un significado social determinado: éste es el caso de los enunciados de valoración o de sentido y a este grupo pertenece, según creo, el juicio de tipicidad objetiva de la conducta; por otro, puede tratarse de asignar un hecho a un determinado sujeto, en condiciones más o menos estrechas: este es el caso de los enunciados relativos a la acción, a la intencionalidad y a la culpabilidad. Como puede advertirse, en muchos juicios jurídico-penales se entremezclan dos clases de enunciados adscriptivos que, sin embargo, tienen naturaleza distinta: la de atribución de un sentido y la de adscripción a un sujeto. (SILVA en: SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008, pp. XIX-XX).



Así, en cuanto a lo indicado hasta aquí, quedaría demarcado que las funciones o usos del lenguaje consistentes en (i) lo informativo o descriptivo, (ii) lo prescriptivo o directivo y (iii) lo adscriptivo o imputativo —esta última dimensión, que agruparía lo referido a la atribución de sentido o significado social a un hecho en concreto y a la atribución de un hecho específico a una persona determinada—, son las funciones o usos del lenguaje que suelen asociarse común y generalmente a la labor dogmática propia del Derecho penal —situación que, como veremos más adelante, resulta incorrecta, dado que la función informativa o descriptiva (no) es una función o uso del lenguaje propia de la ciencia del Derecho penal—.

Por todo lo anotado, hemos de reconocer que la ciencia del Derecho penal para buscar evitar malentendidos, confusiones e inexactitudes al interior de la propia actividad dogmática, ha precisado la necesidad de proveerse de una estructura o marco metodológico para llevar a cabo su labor científica, donde concurren inevitablemente los elementos expuestos hasta ahora. El modelo metodológico al que nos referimos es el que tiene su origen en la corriente filosófica del neokantismo, y de él nos ocuparemos en las líneas siguientes.



2.1.2. El modelo metodológico neokantiano. El Derecho penal como parte de las Ciencias de la Comprensión o del Espíritu.

En no pocas ocasiones se ha llegado a sostener que el Derecho en general —y en particular, el Derecho penal— no es una ciencia.²⁰²¹ Como se sabe, la negación del carácter científico del Derecho penal responde principalmente al surgimiento y auge del concepto positivista de ciencia. La asunción de esta forma particular de identificar y determinar qué es ciencia y qué no lo es, se debió a los importantes descubrimientos e impresionantes progresos de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX. Claro reflejo de lo señalado, en su momento, fue la aparición del positivismo sociológico de August COMTE, el evolucionismo de Charles

²⁰ Como bien señala Karl LARENZ: «[...]», nunca han enmudecido las voces que niegan absolutamente a la Jurisprudencia el carácter de ciencia, ya sea porque se estima que algo tan cambiante y casual como el conjunto de las normas jurídicas “positivas” no puede ser en absoluto objeto de una “ciencia”, ya sea porque el papel del conocimiento se estima secundario frente al momento volitivo y sentimental al tomar decisiones jurídicas y se considera un autoengaño el “método científico” de creación del Derecho. Se estima entonces que la única ciencia posible acerca del Derecho es la Sociología del Derecho (como “Ciencia de hechos”), o bien una Teoría *formal* del Derecho, que se ocupa únicamente de las relaciones lógicas de los fenómenos jurídicos, pero dejando de lado su contenido. Detrás de tales concepciones se halla, las más de las veces, el concepto positivista de ciencia, según el cual, salvo la Lógica y la Matemática, sólo puede darse un conocimiento científico de hechos perceptibles y de su legalidad corroborable experimentalmente. La Jurisprudencia, que se ocupa con el conocimiento de proposiciones de deber ser (normas), no puede incluirse en este concepto de ciencia». Prosigue el autor, formulándose la siguiente interrogante: «¿Cuáles son las circunstancias, prescindiendo de un determinado concepto de ciencia, que permiten dudar constantemente del carácter científico de la Ciencia del Derecho? Ahí está, en primer lugar, la fugacidad de su material, de la materia legal “positiva”. Es conocida la frase de Kirchmann: “Tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en maculatura”». (1980, pp. 25-26).

²¹ En relación con lo indicado en la (nota al pie 20), Miguel POLAINO NAVARRETE precisa: «A juicio de KIRCHMANN, el Derecho como tal no puede ser aprehendido científicamente, razón por la que dicho autor dedicó **ácidas críticas**, casi corrosivas, contra el Derecho positivo (objeto de conocimiento): «la ley positiva es rígida; el Derecho, progresivo», «por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida», «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura», o «la ley positiva se parece a un sastre obstinado que sólo usara tres medidas para todos sus clientes. La Ciencia es el alma bondadosa que ve dónde el traje no ajusta y dónde afea, pero el respeto por su señor no le permite más que hacer subrepticamente algún que otro retoque». (2015, p. 53).



DARWIN y Herbert SPENCER y el naturalismo de MOLESCHOTT, BÜCKNER y HAECKEL. (MIR, 2003, p. 159; GIMBERNAT, 2009, p. 38).

Para la concepción positivista de ciencia, solamente los hechos que fueran percibidos por los sentidos —observables— y que sean pasibles de experimentación —comprobables— eran accesibles al conocimiento científico. Por tanto, todo aquello que cayera fuera de dicha delimitación metodológica, carecía de los elementos necesarios para ser calificado como ciencia. El Derecho, según esta concepción, no poseía tales características, por ende, no gozaba del prestigio de la científicidad en ese tiempo.

A consideración de Karl LARENZ, el positivismo científico se caracterizaba «por la tendencia a desterrar toda «metafísica» de la ciencia y limitar ésta a los «hechos» y a sus leyes empíricamente observables» (GIMBERNAT, 2009, pp. 38-39); por lo cual, siguiendo ese razonamiento, solo las ciencias naturales y las ciencias exactas —como la matemática y la lógica—, poseían carácter científico.

La asunción de este modo de comprender qué es aquello que pertenece al conocimiento científico y qué queda fuera de él, condujo a que, por su parte, Hans WELZEL sostuviera razonablemente que «[l]a tendencia fundamental del positivismo fue, en primer lugar, una tendencia negativa: el decidido rechazo de todo aquello que por asomo pudiera sonar a metafísica; y metafísica era para el positivismo todo lo que sobrepasaba el campo de la “observación”». Especificando además que, «[e]sta limitación de la investigación humana a la observación significa la renuncia a toda comprensión y esclarecimiento que sobrepasen la constatación de hechos y sus conexiones externas, la limitación a “lo que puede ser



pesado, medido o calculado». (GIMBERNAT, 2009, p. 39; MUÑOZ, 2001, pp. 167-168). Así, según esta corriente de pensamiento, se «[...] rechazaba como objeto de estudio las cuestiones trascendentales y abstractas, centrándose, en cambio, en la contemplación y estudio de los hechos». (JAÉN, 1999, p. 107).

La concepción positivista de ciencia —en su momento— tuvo un gran impacto sobre el Derecho penal,²² dando surgimiento a corrientes como el positivismo normativista de Karl BINDING o el positivismo naturalista de Franz VON LISZT. Ambos autores adoptaron los lineamientos metodológicos de dicha concepción; por tal razón, en cuanto a la determinación del objeto de estudio, el primero privilegió con carácter exclusivo la norma jurídica, en cambio el segundo, puso atención y constituyeron las bases de su construcción dogmática los componentes naturales —biológicos y psicológicos— y sociales que influían en la persona y que condicionaban la aparición del delito, siendo estos componentes los que proveían los elementos materiales para la respuesta punitiva.

Así, conviene precisar que ambas corrientes dogmáticas seguían un método racional-deductivo, en el cual, el positivismo normativista partía de las normas jurídicas y el positivismo naturalista lo hacía desde los componentes biopsicológicos y sociales que condicionaban a la persona al delito. Como puede apreciarse, de este modo, se intentó dotar de carácter científico al Derecho penal, adecuando nuestra disciplina al método positivista; sin embargo, tales pretensiones no fueron satisfactorias.

²² En la línea de lo anotado y tal como afirma Karl LARENZ: «Sobre todo en el siglo XIX se intentó con frecuencia, bajo la impresión del éxito de la Ciencia natural, “elevar” la Ciencia del Derecho al rango de una ciencia postulando para ella un método similar al científico-natural». (1980, p. 25).



La irrupción del neokantismo significó para el Derecho penal el paso fundamental para dotar de científicidad la labor jurídica.²³ Con el método neokantiano surge la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu,²⁴ incluyéndose dentro de estas últimas al Derecho.

Esto se debió a que con el método positivista, las tres categorías centrales de la teoría del delito —acción, antijuridicidad y culpabilidad— encontraban insatisfactoria explicación, puesto que: (i) en el ámbito de la acción, surgían problemas en lo concerniente al tratamiento de la omisión, (ii) en el campo de la antijuridicidad, por la negación de su carácter valorativo y (iii) en el terreno de la culpabilidad, por el abandono de la teoría psicológica de la culpabilidad, entendida

²³ Sobre el reconocimiento del carácter científico del Derecho de la mano del neokantismo, nos adherimos a lo afirmado por Karl LARENZ, cuando sostiene que: «Estimamos que la Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque *también* sea esto), porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente. A esto se opone el que nunca sea capaz de alcanzar *el* grado de “exactitud” que distingue a la Matemática y a la Ciencia natural y que muchos de sus conocimientos sólo son de validez temporalmente condicionada. La Ciencia del Derecho tiene que vérselas con el *Derecho*, lo que, sin embargo, quiere decir con un objeto que nosotros no somos capaces de aprehender de otro modo que haciéndonos conscientes de su *sentido*, del *significado* de determinados actos y de sus objetivaciones —por ejemplo, en leyes, resoluciones judiciales, contratos—. Es por tanto una Ciencia “comprensiva”, que procura interpretar de un modo determinado el “material” que le es dado, a saber: normas e institutos de un Derecho “positivo”. Ciertamente, sus conocimientos se refieren *inmediatamente* sólo a este material y, por ello, parecen estar privados de aquella validez “más allá del día”, que exigimos de un conocimiento científico. Pero este “material” constituye un caso particular. Varía, por cierto, con el tiempo, pero, para su tiempo (y para su ámbito de validez), le corresponde siempre un especial significado, a saber: el de ser expresión, muestra vinculante —si bien adolece de todos los defectos de las creaciones humanas— de la *idea del Derecho*, de la que a su modo se trata en *todo* tiempo». (1980, pp. 26-27).

²⁴ En cuanto a la distinción metodológica entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, indica Juan BUSTOS RAMÍREZ: «Ya en las postrimerías del siglo XIX, DILTHEY señaló el carácter autónomo de las ciencias del espíritu frente a las ciencias de la naturaleza: “La imposibilidad de derivar hechos espirituales del orden mecánico de la naturaleza, imposibilidad que se funda en la diversidad de su procedencia, no impide la acomodación de los primeros en el sistema de los últimos. Solo cuando las relaciones entre los hechos del mundo espiritual se muestren incomparables con las uniformidades del curso natural en una tal forma que quede excluida la subordinación de los hechos espirituales bajo los que establece el conocimiento mecánico natural, solo entonces se habrán señalado los límites inmanentes en los que termina el conocimiento natural y comienza una ciencia autónoma del espíritu que se estructura en torno a su propio centro”». (2005, p. 178).



esta como nexo de unión psicológico entre el hecho antijurídico y su autor. (MIR, 2003, pp. 207-210).²⁵²⁶

Debemos de señalar en líneas generales que, lo que caracterizó al método neokantiano fue la incorporación del concepto de valor. En el neokantismo, «[l]os valores son objeto de reflexión en la medida en que constituyen la “lente de pensar”, a través de la cual el sujeto observa una realidad en sí caótica, sin sentido» (SILVA, 2012, p. 89). Esto último, en palabras de Felipe GONZÁLES VICÉN, «es la referencia a un valor lo que presta a una cosa o a una acción ‘significación’ o ‘sentido’, y este mundo, por así decirlo, inconsútil forma parte como los objetos corporales de ese universo al que está dirigida la reflexión filosófica» (SILVA, 2012, p. 89). Por ello, de acuerdo con lo sostenido por el neokantismo, cabe reconocer que «[...] mientras que las ciencias naturales captan la realidad empírica de forma objetiva y neutral, las ciencias del espíritu proceden valorando». (JAÉN, 1999, p. 108).

Conforme el método neokantiano, encontramos que la distinción entre aquello que pertenecía a las ciencias de la naturaleza y a las ciencias del espíritu —o de la comprensión— fue que ambas ya no se diferenciaban por la identificación

²⁵ Conforme advierte Bernd SCHÜNEMANN, bajo la influencia del positivismo científico, las categorías del delito, en ese tiempo, eran entendidas en el siguiente sentido: «La acción como comportamiento dominado por la voluntad, la tipicidad, como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, y la culpabilidad, como relación psicológica del autor con su hecho, al ser “objetos materiales del mundo real”, habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos. Únicamente la “antijuridicidad” constituía un cuerpo extraño de naturaleza normativa en el seno del sistema naturalista. [...]. La antijuridicidad de una acción típica, por tanto, no significaba otra cosa que su incompatibilidad con el Derecho positivo, [...]». (en: SCHÜNEMANN (COMP.), 2012, p. 22; SCHÜNEMANN, 2006, pp. 34-35).

²⁶ El método neokantiano en el estricto ámbito de la teoría del delito, «[...]», permite fundamentar la introducción de elementos valorativos en la causalidad (antes física), de elementos subjetivos en el tipo (antes objetivo), de consideraciones materiales en la antijuridicidad (antes básicamente formal) y de normativas en la culpabilidad (antes entendida como relación de causalidad psicológica)». (SILVA, 2012, p. 91).



de su objeto de estudio, sino que, aquello que las separaba científicamente radicaba en el método que una y otra adoptaban.

Esto último conduce a que, ambas pueden compartir un mismo objeto de estudio —por ejemplo: el ser humano—, y sin embargo, éste puede ser abordado desde las ciencias naturales como la Biología, la Química, la Psicología, etcétera, así como, por las ciencias de la comprensión como la Ética, la Economía, la Sociología, el Derecho, entre otras. Otro dato importante es que la idea de valor se encuentra ausente dentro de las consideraciones de las ciencias de la naturaleza, mas no sucede lo mismo con las ciencias del espíritu, pues la idea de valor le resulta indispensable para distinguir las distintas disciplinas que surgen dentro de dicho ámbito, puesto que les proporciona su carácter científico y su correspondiente autonomía.

En cuanto a su fundamentación, el neokantismo se asienta en el dualismo gnoseológico kantiano o dualismo metódico del noumenon y fenómeno. Sobre este punto, son importantes las precisiones anotadas por Santiago MIR PUIG:

Como neokantianas, arrancan del dualismo gnoseológico de noumenon y fenómeno, de forma y materia. La “cosa en sí” (noumenon) no es susceptible de aprehensión por el conocimiento humano, sino sólo en su manifestación espacio-temporal, como “fenómeno” aprehensible por los sentidos. Y el fenómeno ofrece solamente la “materia” del conocimiento, que precisa la adición de las “formas *a priori*” constituidas por las categorías del entendimiento. De la aplicación a la “materia” —dato empírico espacio-temporal— de las categorías del entendimiento —formas *a priori*— surge



el conocimiento de la realidad empírica. Los neokantianos coinciden con KANT en reputar este proceso necesario y suficiente para las ciencias “positivas”: la lógica y las matemáticas fundan su validez en la naturaleza apriorística de espacio y tiempo; las ciencias experimentales son válidas en cuanto suponen la aplicación de las categorías *a priori* del entendimiento a la materia fenoménica suministrada por el mundo empírico. Pero mientras para KANT fuera de estas dos posibilidades no hay lugar para el conocimiento científico, sino sólo para la metafísica —he ahí el sentido de la crítica de la razón pura: trazar las fronteras de ciencia y filosofía—, los juristas neokantianos intentaron llevar el conocimiento científico más allá, para dar cabida a las ciencias del espíritu.

Simplificando, podría resumirse el planteamiento neokantiano en los términos siguientes: si las ciencias experimentales suponen la aplicación a la materia empírica de las categorías del entendimiento, las ciencias del espíritu requieren subsunción de aquella materia empírica bajo *otro tipo de categorías a priori*, específicas de esta clase de ciencias. Las ciencias naturales y las espirituales no se distinguen, pues, por su *objeto* —en ambos casos la *misma* materia fenoménica—, sino por las categorías *a priori* mediante las cuales el hombre puede tomar conocimiento de él. En este sentido se ha dicho más arriba que para los neokantianos las dos clases de ciencias no se diferencian por razón de su objeto, sino por su *método*. En el mismo sentido se afirma que en esta concepción el método determina el objeto. (MIR, 2003, pp. 213-214).



Ahora bien. El neokantismo apoyado en el dualismo metodológico kantiano tuvo como punto partida la filosofía de WINDELBAND, pero encontró en RICKERT su máximo representante. El objetivo principal de esta corriente de pensamiento —neokantismo— fue la fundamentación de un específico método para las ciencias del espíritu. Precisamente por ello, se observa en el planteamiento de RICKERT, el que las ciencias histórico-culturales se diferencian de las ciencias naturales en dos puntos: lógicamente, en la formación del concepto, y materialmente, en la relación en que los objetos de estudio se encuentran respecto de los valores. (MIR, 2003, p. 216).

En esa línea, en cuanto a la formación del concepto, RICKERT sostuvo que en lo que corresponde a las ciencias naturales, esta tiene por característica el ser generalizadora, razón por la cual, no serviría a los objetivos de individualización que persiguen las ciencias histórico-culturales. Advierte que, en el caso de las ciencias naturales, se busca determinar qué características tienen en común un objeto concreto respecto de otros muchos de igual naturaleza. Un proceder de esta índole, propio de las ciencias naturales, en cuanto a la formación de los conceptos, no alcanza a toda la realidad, pues se ocupa solamente de la realidad respecto de lo general. En cambio, para aprehender la individualidad de cada objeto de la experiencia, debe acudir a la formación conceptual que es propia de las ciencias histórico-culturales. Para RICKERT, el hecho histórico es el que interesa a esta ciencia, pero solo en cuanto este se presente como hecho único; así, no todos los caracteres individuales del objeto tienen relevancia para la historia, pues, solo importan a las ciencias histórico-culturales la unicidad de los objetos. Así,



sostiene que aquella uniuquidad o relevancia la proporciona la idea del valor. (MIR, 2003, pp. 216-217).

La relevancia o interés histórico de un hecho depende de los valores que se sustenten. Por ello no supone que el historiador deba *valorar*: a la ciencia, aunque sea histórica no le es lícito emitir juicios de valor *subjetivos*. El historiador debe limitarse a “referir valores” los hechos que estudia. Significa que ha de seleccionar aquellos hechos y aspectos que merecen atención desde determinadas perspectivas valorativas. RICKERT remite, con ello, a los valores dotados de “validez fáctica” en la *comunidad cultural* a que pertenece el historiador, frente al cual aparecen como datos de la experiencia empírica. En cualquier caso, la “referencia a valores” es para RICKERT —sobre todo en las ediciones posteriores de su obra *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*— el elemento material que distingue a las ciencias culturales de las naturales. (MIR, 2003, p. 217).

No obstante lo señalado, es posible notar que la dogmática jurídico-penal en no pocas ocasiones suele utilizar conceptos generalizadores —aquellos que son propios de las ciencias naturales—, pero, es ampliamente reconocido por todos que, ésta, en su actividad, emplea principalmente conceptos individualizantes. Si bien la dogmática penal emplea ambos tipos de formaciones conceptuales —generalizadores e individualizantes—, lo relevante es que aquellos versen siempre sobre hechos referidos al valor, los cuales en el ámbito de la dogmática están ineludiblemente determinados por las normas jurídicas. Esta característica vinculada al método neokantiano, es lo que permite una diferenciación clara entre



ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu; en rigor, es lo que distingue a la corriente neokantiana erigida sobre la base del mencionado dualismo metódico kantiano.²⁷

No se crea que con ello se abandona la premisa neokantiana según la cual las ciencias no se distinguen por su objeto, sino por su método específico. RICKERT no entiende que el objetivo de las ciencias culturales *encierre* valores, sino sólo que se halla constituido por hechos “referidos a valor”. Esto es: el conocimiento de los hechos culturales es el producto de una síntesis categorial de, por una parte, la “materia” suministrada por la experiencia, en la cual no se incluye el valor, y la “forma” *a priori*, que es la que aporta a la síntesis del conocimiento el significado valorativo de la materia empírica. El sujeto no *descubre* el valor de la experiencia, sino que *aporta* a ella. (MIR, 2003, pp. 217-218).

Ahora bien. Específicamente en el ámbito de la dogmática penal, fue Emil LASK quien incluyó a la ciencia del derecho penal dentro de las denominadas ciencias culturales. El referido autor tomó como punto de partida la consideración del derecho en una doble dimensión, sea como “factor cultural real” o como “complejo de significaciones”. En ese sentido, señalaba que si se parte de la primera

²⁷ Precisa Enrique GIMBERNAT ORDEIG: «En el fondo, para el neokantismo las ciencias del espíritu proceden igual que las de la naturaleza: ambas clases de ciencias se enfrentan con el objeto de su conocimiento mediante la formación del concepto y el sistema; es así como se supera la «irracionalidad» (RICKERT) de la realidad objetiva. La única diferencia reside en que, mientras que las ciencias de la naturaleza no tienen en cuenta para nada el mundo de los valores —para llegar a conocer la estructura del átomo, por ejemplo, no entran en juego, en absoluto, consideraciones axiológicas—, las ciencias del espíritu tienen que acudir continuamente en su procedimiento sistemático y conceptual a la esfera normativa —el jurista, por ejemplo, no puede prescindir en su trabajo investigador de la idea de la justicia o, en Derecho penal, de la idea de culpabilidad—. (2009, p. 42).



concepción, el derecho aparece como “teoría social del derecho”; empero, si se acoge la segunda, se trata de “ciencia dogmática del derecho”. Como se mencionó anteriormente, fue RICKERT quien señaló que el objeto de toda ciencia cultural se refiere siempre a valores, pero fue LASK, quien descubrió el carácter teleológico de los valores a que se refiere el derecho, esto es, que en la formación de los conceptos en Derecho penal, estos siempre están dirigidos a la consecución de una finalidad —vale decir, están teñidos teleológicamente—. (MIR, 2003, p. 218; en el mismo sentido SCHÜNEMANN en: SCHÜNEMANN (COMP.), 2012, pp. 27-28; SCHÜNEMANN, 2006, pp. 39-41).²⁸²⁹³⁰

Si bien fue LASK quien señaló que la referencia a valores y fines es propio de la ciencia penal, la labor de determinación de los contenidos fue afrontada por Gustav RADBRUCH, Max Ernst MAYER y Wilhelm SAUER. Es conocido que el planteamiento neokantiano no pudo superar las acusaciones de relativismo valorativo que se le formularon, constituyendo manifestación de este relativismo valorativo, el que se señalara que era posible identificar tres tipos fundamentales de concepciones valorativas del derecho, siendo estas: (i) la individualista, (ii) la supraindividualista y (iii) la transpersonal (MIR, 2003, pp. 218-219);³¹ los mismos

²⁸ En palabras del propio Emil LASK: «todo lo que incide en el ámbito del Derecho pierde su carácter naturalista libre de referencia a valores». (LARENZ, 1980, p. 118).

²⁹ Advierte Bernd SCHÜNEMANN: «[l]a idea de que la elaboración de los conceptos en Derecho penal tiene que tener lugar por referencia a valores se remonta a la filosofía de Rickert [...]». (en: SCHÜNEMANN (COMP.), 2012, p. 27; SCHÜNEMANN, 2006, p. 40).

³⁰ Consecuentemente, «[s]ólo la conciencia valorativa añade a las cosas un valor o desvalor. Además de esto, el hombre transforma la realidad en atención a valores a que aspira». (LARENZ, 1980, p. 119).

³¹ Estos tres sistemas de valores (diferenciados) responden a la propuesta teórica formulada en su tiempo por Gustav RADBRUCH. En cuanto a sus contenidos, expresaba lo siguiente:

«Para la concepción individualista los valores de las obras y de la colectividad están al servicio de los valores de la personalidad. La Cultura es sólo un medio para la formación personal, el Estado y el Derecho sólo son instituciones para la seguridad y progreso de los individuos.



que daban cuenta de esa suerte de fragilidad que acompañaba al sistema, pues, éste podría fundarse a partir de una u otra fuente de valores, encontrándose por ello, a merced de quien tenga la posibilidad y el poder concreto de hacerlo —en clara dependencia respecto del sujeto que valoraba—.³²

Con todo, tenemos que reconocer junto con Francisco MUÑOZ CONDE que, el «dualismo metodológico de los neokantianos sirvió para que los penalistas encontraran, de una vez para siempre, el objeto de su actividad» (2001, p. 180), pues, de la mano del neokantismo se demarcó el esquema metodológico de la actividad científica propia del Derecho penal, la misma que continúa conservando hasta nuestros días su influencia sobre la labor dogmática penal.

Para la concepción supraindividualista los valores de la personalidad y de las obras están al servicio de los valores colectivos, la Moralidad y la Cultura al servicio del Estado y del Derecho.

Para la concepción transpersonal los valores colectivos y de la personalidad están al servicio de los valores de la obra y del trabajo; tanto Moralidad como Derecho y Estado, al servicio de la Cultura. Las metas supremas, resumidas en una frase, son: para la concepción individualista, la *Libertad*; para la supraindividualista, la *Nación*, y para la transpersonal, la *Cultura*.

Para la concepción individualista, Derecho y Estado son relaciones entre individuos; para la supraindividualista, un todo sobre los individuos, y para la transpersonal, relaciones comunes de los individuos con algo que está fuera de ellos, su trabajo conjunto, su obra común». (RADBRUCH, 1944, pp. 75-76).

³² Sobre este aspecto vinculado al neokantismo, puntualiza José Luis GUZMÁN DALBORA que: «[...] se debe tomar con cierta reserva la corriente afirmación de que el neokantismo escindió sin remedio los planos del ser y del deber ser, preparando así, con un desprecio deliberado por los datos de la realidad, las elucubraciones que bien pronto despeñarían la ciencia de los delitos y las penas al execrable período del politicismo jurídico». Continúa su exposición, en clara posición crítica respecto del empleo del Derecho penal durante los períodos fascista y nazi, especificando: «[...] Pudiera llamársele también una doctrina de la politicidad del Derecho, mas no ya en el obvio sentido de un vínculo entre Derecho y política, sino en el de que el primero es sólo una proyección de la segunda y está determinado en cada uno de sus momentos, en su creación, aplicación y metodología, por las exigencias de la situación política y los fines concretos del gobernante, no de la comunidad —sin perjuicio de levantar sobre ésta una hipóstasis merced a los conceptos de nación, raza o clase social—. Fueron sus máximos representantes Dino Grandi y Alfredo Rocco en Italia y, sobre todo, Carl Schmitt en Alemania, con su pensamiento del *orden concreto*, concebido para “incorporar la ideología nacionalsocialista al proceso de elaboración jurídica”». (en: MAYER, 2007, p. XXII; en sentido similar JESCHECK Y WEIGEND, 2014, pp. 304 y 308).



En conclusión, cabe sostener que «[...], el neokantismo marcó la pauta que, de nuevo hoy, tras el paréntesis metodológico del finalismo, sigue la dogmática jurídico-penal. Su mérito: mostrar las ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales ni inmutables, sino condicionados subjetiva y culturalmente». (SILVA, 2012, pp. 91-92).³³

2.1.3. Modelo metodológico neokantiano. El Derecho penal y la dimensión comprensiva (los usos del lenguaje normativo, valorativo y adscriptivo).

En líneas anteriores, ha quedado establecido que la ciencia del Derecho penal, como parte de las ciencias del espíritu o de la comprensión, abriga en su seno elementos de contenido valorativo. No obstante, cuando se observa con detenimiento la problemática del Derecho penal, apreciamos que en ella no solo se analizan aspectos estrictamente valorativos, pues, además, se examinan cuestiones de relevancia normativa, así como, consideraciones vinculadas con temas de imputación. (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, pp. 31-32, 34-37).

³³ En el sentido anotado, tenemos que «[...], la orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y multicultural. En efecto, en este tipo de una sociedad se hace extraordinariamente difícil sostener una argumentación apelando a ciertas “estructuras inmutables del ser”. De este modo, el debate de las propuestas dogmáticas se lleva a su nivel real: el de la discusión y argumentación axiológica y teleológica». (SILVA, 2012, pp. 106-107).



Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, sobre la base de la división entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, sostiene que los conceptos y juicios de carácter comprensivo —propio de las ciencias del espíritu—³⁴ abarcan lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo, esto, debido a que aquellos posibilitan una visión más completa de sus conceptos; es decir, la comprensión atiende a un punto de vista que abarca más y llega más lejos a la hora de referirse a su objeto. Precisamente por ello, expresa que son comprensivos porque abarcan toda la realidad del objeto de conocimiento, mientras que lo explicativo —propio de las ciencias de la naturaleza— se conforma con las realidades suficientes. Siguiendo esta línea de entendimiento, manifiesta que serán de carácter comprensivo aquellos conceptos y juicios referidos a la realidad humana de la libertad, la cual escapa a lo que es perceptible solamente por los sentidos, incluyéndose dentro de esta al propio sujeto cognoscente; por esta razón, lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo constituyen los tres usos del lenguaje que se emplean para referirse a los conceptos y juicios de carácter comprensivo —ciencias del espíritu—, vale decir, a todo aquello que corresponda al ámbito de la libertad humana y al propio sujeto cognoscente.³⁵ Por el contrario, lo empírico, lo fáctico y lo descriptivo, los cuales se encuentran dentro de la dimensión explicativa, pertenecen e inciden únicamente

³⁴ «Es la dimensión comprensiva que sería propia de las ciencias del espíritu. Más precisamente, la comprensión sería propia de aquellos saberes que tienen por objeto la conducta humana desde el punto de vista que le es propio y adecuado: el de la libertad». (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 36).

³⁵ «Es la dimensión comprensiva que sería la propia de las ciencias del espíritu. Más precisamente, la comprensión sería propia de aquellos saberes que tienen por objeto la conducta humana desde el punto de vista que le es propio y adecuado: el de la libertad». (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 36).



sobre el campo de la naturaleza y la causalidad —ciencias de la naturaleza—. (en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 34)

Así las cosas, observamos que la dimensión comprensiva —y con ella lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo— es propia de las ciencias del espíritu; en cambio, la dimensión explicativa —y con ella lo empírico, lo fáctico y lo descriptivo— es propia de las ciencias de la naturaleza.

Debemos de precisar, sin embargo, lo siguiente. El que la división metodológica ofrezca una mirada donde ambos tipos de conocimiento —comprensivo y explicativo— se encuentran rígidamente separados, ello no quiere decir que esto sea de ese modo. Dentro del ámbito de la ciencia del Derecho penal convergen ambos tipos de conocimiento, aunque, cabe reconocer que los elementos propios de la dimensión explicativa se encuentran sujetos a límites y matizaciones. De acuerdo con lo señalado, no resulta admisible sostener que las aportaciones de las ciencias de la naturaleza condicionan toda la labor de las ciencias de la comprensión —entre ellas, a la ciencia del Derecho penal— o, por el contrario, que las ciencias de la comprensión prescindan sin más de las aportaciones y datos originados desde las ciencias naturales. Como indicáramos, estas no se condicionan ni se excluyen de manera absoluta y tajante, sino que convergen mutuamente, evitando, claro está, incurrir tanto en la falacia naturalista como en la falacia normativa.

5. La falacia naturalista viene asociada a D. HUME y su prevención de extraer proposiciones de deber ser a partir de proposiciones de ser. Desde entonces, el riesgo y la alerta de incurrir en dicha falacia acompañan a todo autor que



reflexione sobre usos del lenguaje en esta materia. En otra versión de dicha falacia (G. E. MOORE), se trata de distinguir las afirmaciones sobre el bien y sobre las cosas mismas: lo valorativo no pertenece a los atributos de la cosa. También en nuestro ámbito acecha la alarma de incurrir en la falacia siempre que reflexionemos sobre el origen y límites de las afirmaciones normativas, valorativas, etc. Que el dolo, la culpabilidad o la libertad sean emanaciones o excrecencias de datos psicológicos supondría incurrir en la mentada falacia. Lo cual resulta no solo problemático sino sobre todo ilusorio, por cuanto la base empírica no deja de ser difícil o imposible de captar. La alternativa que entonces se nos presenta es la de construir las afirmaciones (conceptos y juicios) de carácter normativo al margen de lo empírico (así, el concepto de delito separado del de ejecución); lo valorativo separado de lo fáctico (como cuando distinguimos la agresión grave o ilegítima de los golpes producidos); o lo adscriptivo con independencia de lo descriptivo (como si el dolo fuera ajeno al efectivo conocer por el agente). Pero se trataría de una falsa alternativa. Lo comprensivo no necesita para existir una base (empírica, fáctica o descriptiva) explicativa, sino que nuestro modo de afrontar la realidad es tanto explicativo como comprensivo. Tiene más que ver con el uso del lenguaje en cada situación. Y es más comprensivo de lo que pensamos, como también más vinculado a lo empírico de lo que puede parecer. Pero no porque sea en efecto algo empírico, sino porque esto viene acompañado ya de su valoración o fuerza normativa. Como agentes que somos, el actuar, conocer, relacionarnos, siempre operamos con lo



normativo en contextos de tal clase. (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, pp. 41-42).

Vemos que el dualismo metódico kantiano se encuentra presente y se robustece con la segmentación tripartita dentro de la dimensión de lo comprensivo —con la salvedad anotada precedentemente—. Así, al incluirse al sujeto cognoscente dentro de este esquema metodológico, aquel sujeto ha de entenderse como un ser dotado de racionalidad (ser racional), pues la presunción de ser racional del hombre permite admitir fundadamente esa libertad (ser libre), y ofrece, además, un soporte a las funciones valorativa —un sujeto que valora—, normativa —un sujeto sobre el que opera la norma— y adscriptiva —un sujeto al cual se hace responsable de la infracción normativa cometida— en que se desenvuelve la ciencia del Derecho penal.

Sobre esto último, resulta sumamente ilustrativo el cuadro elaborado por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 48), quien partiendo del dualismo metodológico neokantiano, da cuenta de las dimensiones comprensiva y explicativa, así como, establece las funciones del lenguaje que son propias a cada dimensión anotada. Así, tenemos:



Lenguaje: Funciones de:	i) Configuración	ii) baremo de medición	iii) asignación
a) COMPRENSIVO Conceptos y juicios <i>prácticos</i> (basados en la libertad)	<i>normativo</i> regulativo (prohibiciones, prescripciones, facultades, definidor...)	<i>valorativo</i> axiológico (interpretación y subsunción)	<i>adscriptivo</i> imputación (libertad, conocer, saber, querer, volición, voluntariedad...)
b) EXPLICATIVO Conceptos y juicios <i>teóricos</i> (basados en la causalidad)	<i>descriptivo</i> empírico (clasificaciones, pertenencia, estadística...)	<i>fáctico</i> comparativo (mayor o menor, más o menos, superlativo...)	<i>conectivo</i> causal (asociación causa-efecto, propensiones, regularidades...)

Conforme lo indicado, notamos que la ciencia del Derecho penal se desenvuelve empleando el lenguaje comprensivo, el mismo que pertenece a las ciencias del espíritu. Empero, no debemos de olvidar que en su discurrir no prescinde de los datos y consideraciones explicativas provenientes de las ciencias naturales. Si bien la ciencia del Derecho penal se mueve en un plano eminentemente comprensivo (normativo, valorativo y adscriptivo), este no descarta o abandona —con carácter absoluto— el conocimiento proveniente de las ciencias de la naturaleza o de la explicación.



La ciencia del Derecho penal por medio del uso del lenguaje comprensivo, permite reconocer de mejor manera aquellas funciones que le son propias, vinculadas: (i) con la regulación de la libertad humana a través de la normatividad (prohibiciones, mandatos, permisiones, exenciones, recomendaciones, definiciones), (ii) con el empleo de criterios de valoración (en las tareas de interpretación o subsunción, en los juicios de tipicidad, de antijuridicidad, de justificación, entre otros), así como (iii) con la adscripción a un sujeto, como agente, sus acciones y posterior responsabilidad por sus hechos u omisiones (dolo, negligencia, imputabilidad, libertad, etcétera). (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 45). Ello, como es evidente, asumiendo que el sujeto cognoscente es un ser dotado de racionalidad, y por tanto, un ser libre en la toma de decisiones.

Llegados a este punto, consideramos conveniente desarrollar de manera breve qué se entiende por función normativa, función valorativa y función adscriptiva dentro de la dimensión comprensiva de las ciencias del espíritu, para posteriormente, también de manera concisa, dar cuenta de los efectos que el esquema metodológico neokantiano tiene sobre las denominadas teorías de la pena.

En primer lugar, los usos del lenguaje (normativo, valorativo y adscriptivo) pertenecientes a las ciencias del espíritu —dimensión comprensiva—, se incardinan, respectivamente, dentro de: (i) la función configuradora, (ii) la función de valoración y (iii) la función de asignación o conexión. Estas tres funciones —de carácter amplio—, la comparten tanto las ciencias espíritu como las ciencias de la naturaleza. Ahora bien, como pudo apreciarse en el cuadro precedente, lo que



diferencia a un ámbito científico de otro, recae en los contenidos que esas tres funciones adopten en su concreta vinculación con las ciencias naturales —dimensión explicativa— o las ciencias del espíritu —dimensión comprensiva—. Esto último genera que puedan identificarse tres pares conceptuales en sentido de oposición, oponiéndose específicamente: (i) lo normativo a lo descriptivo, (ii) lo valorativo a lo fáctico y (iii) lo adscriptivo a lo conectivo. En ese sentido, según dependa de si se trata de una ciencia comprensiva o explicativa, (i) la función configuradora será normativa o descriptiva, (ii) el baremo de medición operará conforme criterios valorativos o fácticos y (iii) la función de asignación o atribución dependerá de si se trata de una labor imputativa o de explicitación de las relaciones causales conectivas. (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, pp. 44-45, 48-49).

En cuanto a la (i) función configuradora, vemos que como hablantes, empleamos el lenguaje para construir y organizar el mundo que nos rodea. Esta configuración del mundo, puede darse mediante la descripción de los objetos que se encuentran presentes a nuestro alrededor, o bien, a través de la emisión de prescripciones o prohibiciones. La función configuradora, en el primer caso, nos sitúa dentro de las ciencias explicativas, en cambio, en el segundo, nos coloca en el terreno de las ciencias comprensivas. En cuanto a la (ii) función de valoración, igualmente, como hablantes aspiramos a medir la realidad que nos circunda emitiendo para ello juicios comparativos, cualitativos o mediciones. La función de valoración, en las ciencias de la explicación, precisa medir, pesar, comparar los objetos naturales, empero, en las ciencias de la comprensión, esta procede examinando la conducta o actividad humana —propia o ajena—, calificándola



como correcta o incorrecta, buena o mala, excelente o mediocre, valiosa o insignificante, etcétera. Por último, en cuanto a la (iii) función de asignación, al interior de las ciencias explicativas, esta consiste en el establecimiento de vínculos entre los fenómenos percibidos, y dentro de las ciencias de la comprensión, esta opera estableciendo conexiones sobre la base de la libertad, emitiendo juicios de conexión consistentes en operaciones de imputación. (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 44).

En esta parte, es oportuno preguntarnos puntualmente sobre cuál es el impacto que sobre las teorías de la pena despliega la metodología de las ciencias del espíritu y sus correspondientes funciones normativa, valorativa y adscriptiva.

Podemos adelantar que, desde el plano normativo, obligaría a que la función de la pena deba estar reconocida legislativamente —determinada en una ley penal—, para así, vincular y operar como parámetro de actuación sobre los principales protagonistas del delito, esto es: el Estado y el delincuente. Al estar reconocida legislativamente, su normatividad se proyectaría sobre tres etapas vinculadas con el delito: el momento de la conminatoria legal —etapa legislativa—, el momento de su imposición —etapa judicial—, así como, el momento de su ejecución —régimen penitenciario—.

Desde el plano valorativo, aparece sin complicaciones en este punto, la idea de bien jurídico penalmente protegido. Se reconoce ampliamente que cuando determinados intereses sociales son reconocidos por el Derecho positivo, estos se elevan a la categoría de bienes jurídicos. Así, consideramos que el bien jurídico presenta una estrecha vinculación con la pena, debido a que para calificar una



determinada conducta como delictiva, en primer lugar, ésta debe ser entendida como un comportamiento socialmente dañino —pasible de un reconocimiento negativo de la conducta—, lo cual permita enlazar a dicho comportamiento (delito) la consecuencia jurídica de la (pena).

En el plano adscriptivo, la imputación penal —en sentido amplio— consiste en la atribución de todos aquellos elementos que permitan calificar una conducta como delito, a lo que la pena opera como consecuencia jurídica ante ese delito cometido.

La norma jurídico-penal, la idea del bien jurídico penalmente protegido y la imputación penal, precisa de que todas ellas se dirijan a un ser dotado de racionalidad que pueda advertir que su comportamiento resulta perjudicial para la sociedad, que pueda comprender que existen prescripciones legales —mandatos o prohibiciones— que se le dirigen para no cometer determinados actos desvalorados socialmente, y que si las realiza, precisamente, por ser un ser racional y dotado de libertad, se le hará responsable por los actos lesivos cometidos; en tal sentido, se le imputa el delito como obra suya y se le impone la pena como consecuencia jurídica de este.

Debemos de agregar que el entendimiento del ser humano como un ser dotado de racionalidad, y su consecuente libertad, trae aparejada el respectivo análisis sobre la dignidad de la persona. Una idea generalizada y ampliamente aceptada es que, el ser humano como poseedor de dignidad, no debe ser instrumentalizado ni tratado como un objeto, esto es, no debe ser considerado como un medio para alcanzar fines para sí o para otros. Entendemos que la presencia de



la dignidad humana en el ámbito de la pena, actuaría como un límite a las funciones que legislativamente se le asignen, la misma que a su vez, actuaría como un fundamental criterio para mitigar o desterrar injerencias arbitrarias o excesivas sobre la persona humana, reduciéndose —de este modo— la violencia del Estado en el ámbito de la pena.

Así las cosas, lo desarrollado hasta este punto podrá valernos para percibir cuáles teorías de la pena se adecuan y tienen en cuenta este esquema metodológico que dota de científicidad a nuestra disciplina —basada en la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu—, cuáles se mueven dentro de los marcos del contexto de justificación —aportación de razones en contraposición a la pura exposición de motivos—, cuáles operan de mejor manera las dimensiones de la argumentación —lógica, material y pragmática— y qué tipos de enunciados emplean en sus desarrollos argumentativos —empíricos o analíticos—.

Lo anotado hasta aquí, en correspondencia con los desarrollos de los contenidos de las teorías de la pena que realizaremos en el apartado siguiente, nos servirá para abordar lo principal de nuestro trabajo de investigación, que consiste específicamente en ocuparnos de: (i) qué teorías de la pena se corresponden con el modelo metodológico neokantiano, (ii) cuáles teorías de la pena responden a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado, y (iii) cuál es el efecto jurídico que generan la relación vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena.



2.1.4. Modelo metodológico neokantiano. El Derecho penal y la estructura vertical (agente del delito, norma jurídico-penal y Estado).

Hemos señalado que la ciencia del Derecho penal, en cuanto ciencia del espíritu —dimensión comprensiva—, discurre entre tres ámbitos: lo normativo, lo valorativo y lo adscriptivo.

Estos tres ámbitos propios de la dogmática penal, coinciden sin complicaciones con la estructura vertical, cuyos componentes lo conforman: el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado.

Por ello, a fin de esclarecer lo afirmado, procederemos a establecer las compatibilidades entre ambos segmentos de análisis.

a) Lo normativo y su relación con la norma jurídico-penal.

Sabemos que toda norma jurídico-penal está compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. (MUÑOZ, 2001, pp. 44-45; MUÑOZ Y GARCÍA, 2010, pp. 35-36). En nuestro campo, el Derecho penal, el supuesto de hecho lo constituye el delito, y la consecuencia jurídica la pena —o medida de seguridad—.

Por ello, se sostiene que «[u]na norma jurídico penal es un mensaje prescriptivo —que prescribe una actuación determinada— expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados». A lo cual, «[l]os textos legales, o enunciados legales, constituyen el vehículo de expresión de las



normas legales, a cuya clase pertenecen las normas jurídico-penales». (MIR, 2016, p. 67).

De acuerdo con lo indicado, las normas jurídico-penales se encuentran contenidas necesariamente dentro de textos o enunciados legales; o, dicho de otro modo, las normas jurídico-penales descansan al interior de una ley penal. Por ello, atendiendo a lo mencionado, resulta razonable admitir que el ámbito normativo se haya plenamente vinculado con el fundamental principio de legalidad penal.

Al respecto, se sabe que «[e]l principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley». (MUÑOZ Y GARCÍA, 2010, p. 99). Así, «[...] un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”». (ROXIN, 1997, p. 137).

Como es de amplio conocimiento, el contenido esencial del principio de legalidad penal, consiste en que no se podrá sancionar ninguna conducta ni se podrá aplicar ninguna pena contra un ciudadano, cuando éstas no se encuentren previamente establecidas en una ley. (MUÑOZ Y GARCÍA, 2010, p. 99). Esta breve



definición, se corresponde con el conocido aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Vemos entonces que, «[l]a Ley penal está compuesta, como todas las proposiciones jurídicas que no se limitan a contener una definición, por un **supuesto de hecho** (Tatbestand) y una **consecuencia jurídica** que garantiza derechos o que impone deberes». En ese contexto, observamos que «[e]n el supuesto de hecho es descrito un determinado acontecimiento fáctico con sus características jurídicas más relevantes. Si se da cumplimiento al supuesto de hecho debe imponerse la consecuencia jurídica». (JESCHECK Y WEIGEND, 2014, p. 73).

Consecuentemente, para el estricto campo del Derecho penal, sólo aquellas conductas que hayan sido previamente criminalizadas y penalizadas por el órgano constitucionalmente competente —Estado: órgano legislativo—, describiendo una conducta —delito— y asignándole una consecuencia jurídica —pena—, solo en virtud de esa tipificación, podrán operar como mandatos o prohibiciones sobre la ciudadanía en general. Por lo cual, el ámbito normativo encuentra su fundamento en el principio de legalidad penal.

Si bien, por lo general, la norma jurídico-penal suele identificarse con determinados mandatos o prohibiciones (norma de determinación), también esta se presenta como expresión de un juicio valorativo —negativo o positivo— respecto de una conducta o situación (norma de valoración). En ese sentido, la norma jurídico-penal, por un lado, será (norma de valoración) en cuanto significa un juicio negativo o positivo respecto de aquella conducta o situación contenida en una ley penal, y será (norma de determinación) cuando sea expresión de un mandato o



prohibición, que se dirige hacia la ciudadanía en general para determinar su comportamiento según esa directiva o imperativo. En ese contexto, como bien menciona Percy GARCÍA CAVERO, dependiendo de a quién se dirija esa prescripción, la doctrina penal distingue entre norma de conducta (dirigida a los ciudadanos) y norma de sanción (dirigida a los jueces). (2019, p. 68).

Generalmente, las normas de conducta —dirigida a los ciudadanos— se entienden como prohibiciones o mandatos, esto es, que tales normas de conducta proscriben la comisión de conductas delictivas, como: homicidios, secuestros, violación de la libertad sexual, robo, falsificación de documentos, etcétera. «Su finalidad es, por lo tanto, impedir que los destinatarios de la norma se inmiscuyan de forma especialmente grave en una esfera de organización de terceros». (GARCÍA, 2019, p. 69). Por su parte, las normas de sanción —dirigidas a los jueces—, imponen al juez la obligación de imponer la sanción al sujeto responsable del delito; puesto que, «[u]na ley penal completa establece que, si una persona realiza culpablemente la conducta contemplada como supuesto de hecho, se le deberá aplicar la sanción prevista como consecuencia jurídica». Siendo esto así, «[a] partir de la estructura de la ley penal, se ha deducido la existencia de una norma dirigida al juez para que le imponga la sanción correspondiente al autor del delito». (GARCÍA, 2019, p. 72).

Tenemos entonces que, ámbito normativo y norma jurídico-penal operan en una doble dimensión: primero, como medio para dirigir el comportamiento de los ciudadanos en la no comisión de actos delictivos y, segundo, aplicando la sanción



(pena) prevista como consecuencia jurídica ante la realización culpable del comportamiento delictivo (delito).

En consecuencia, y por todo lo anotado, el ámbito normativo y su relación con la norma jurídico-penal —como elemento de la estructura vertical— se presentan perfectamente compatibles y sirven para analizar de mejor manera los ámbitos y la labor que se desarrolla en la dogmática del Derecho penal.

b) Lo valorativo y su relación con el Estado.

Hemos dicho que la criminalización de determinadas conductas y su correspondiente penalización recaen sobre el órgano constitucionalmente competente del Estado, esto es, sobre el órgano legislativo. Precisamente por ello, es que se sostiene que «la única fuente primaria del derecho penal es la ley formal, en cuanto expresión —al menos teóricamente— de la voluntad popular emitida por el Poder Legislativo». (MIR, 2003, p. 3).

Así pues, de lo anotado, algo es seguro, y es el hecho de que la creación de una ley penal —supuesto de hecho (delito) y consecuencia jurídica (pena)— supone una previa actividad valorativa (negativa) por parte del órgano legislativo —Estado—. Como se sabe, aquella tarea de valoración estatal (negativa) de la conducta delictiva, está ineludiblemente ligada con el principios de protección exclusiva de bienes jurídicos, así como por el principio de *ultima ratio* o de mínima intervención del Derecho penal.



Ahora bien, sobre el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos se tiene que, el Derecho penal ha de ser empleado solamente para la protección de bienes jurídicos, dejándose al margen la protección de valores puramente morales, políticos, religiosos o simples reglas de orden social. Así, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos se encuentra en conexión con el principio de lesividad u ofensividad, lo cual genera que la intervención del Derecho penal sólo estará legitimada cuando se lesiona o se pone en peligro determinado bien jurídico. En caso de que determinada conducta no lesione o pone en peligro algún bien jurídico, no resulta posible sustentar la imposición de la pena. (GARCÍA, 2019, p. 113).

La idea de bien jurídico se asocia con aquellos intereses sociales de gran relevancia para la convivencia reconocidos en el Derecho positivo; vale decir, intereses sociales protegidos por el Estado en virtud de la ley penal. En tal sentido, cabe reconocer que: «Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública». (JESCHECK Y WEIGEND, 2014, p. 10).

El derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la *idea de protección de bienes jurídicos*. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la



aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en *bienes jurídicos*. (BACIGALUPO, 1999, pp. 43-44).

Como pudo observarse, cuando determinados intereses sociales son valorados positivamente por el Estado, estos con posterioridad, suelen ser reconocidos y protegidos por medio del ordenamiento jurídico-penal. En virtud de su reconocimiento legislativo a nivel penal, aquellos intereses sociales son elevados a la categoría de bienes jurídicos. Consecuentemente, su reconocimiento en el Derecho positivo penal implica que son tenidos como valiosos e imprescindibles para el desarrollo de la persona humana, así como para la procura de la convivencia y el mantenimiento del orden social.

La noción de bien jurídico proporciona las bases para llevar a cabo las tareas de criminalización, penalización y crítica de la actividad legislativa en el ámbito del Derecho penal; por tanto, como anota José HURTADO POZO: «Todas estas reflexiones conducen al convencimiento de que la categoría de bien jurídico es indispensable para la elaboración, el desarrollo y la crítica del sistema penal. No es posible dejar de considerar que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que deben designarse y protegerse. La expresión “bien jurídico” constituye un concepto operativo para referirse a esa realidad y así identificar lo que se considera indispensable proteger mediante el derecho penal». (2005, pp. 24-25).



Ahora bien. Dado que dimos cuenta del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, conviene ocuparse en este punto del principio de *ultima ratio* o mínima intervención del Derecho penal.

Al respecto, tal como sostienen Francisco MUÑOZ CONDE Y Mercedes GARCÍA ARÁN, «[e]l poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*», lo cual genera que «[...] el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes [...]». En ese sentido, «[l]as perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga también que el Derecho penal tenga carácter «subsidiario» frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico». (2010, p. 72).

Conforme el principio de *ultima ratio* o de mínima intervención se reconocen dos consecuencias: la primera, consistente en que no todo ataque o puesta en peligro de bienes jurídicos es objeto de protección por parte del Derecho penal, y la segunda, vinculada con el hecho de que el Derecho penal no ha de intervenir en primera línea protegiendo bienes jurídicos procurando evitar la comisión de delitos, cuando dicha función puede ser asumida por las otras ramas del ordenamiento jurídico; pues, «a un recurso tan radical como la pena sólo se debe acudir cuando el comportamiento se aparte, radicalmente también, de lo que exige el orden social». (GIMBERNAT, 2009, p. 28).

Dentro del principio de *ultima ratio* o mínima intervención del Derecho penal suelen reconocerse dos subprincipios que recogen lo indicado. Hablamos de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal.



Según el subprincipio de subsidiariedad, solo aquellos bienes jurídicos de mayor importancia pueden legitimar la intervención punitiva del Estado, y por ende, del Derecho penal. Así, cuando se traten de bienes jurídicos no esenciales ni trascendentales para la convivencia social, éstos deberán ser protegidos por las otras ramas del ordenamiento jurídico con sus respectivos sistemas de solución: sean (no) sancionatorias o sancionatorias. Se pretende con este subprincipio el de evitar recurrir al Derecho penal y con él a la sanción penal, cuando otros medios de control menos lesivos —Derecho civil, Derecho laboral, Derecho tributario, etcétera— pueden resolver de mejor manera las situaciones de conflicto que implican la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma **subsidiaria**, una *ultima ratio*. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *Política social*. Seguirán a continuación las *sanciones no penales*: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. (MIR, 2016, p. 128).

Por su parte, el subprincipio de fragmentariedad, nos señala que no toda conducta que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos será merecedora de



protección por el Derecho penal. En ese sentido, solo las conductas lesivas más graves que atenten contra bienes jurídicos —sea lesionándolos o poniéndolos en peligro (concreto o abstracto)— serán pasibles de sanción penal.

El carácter fragmentario apunta justamente al hecho de que dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo siempre, sino frente a determinados hechos muy específicos y que tienen cierta significación en la vida social. Si así no fuera, el Estado se convertiría en un Estado simplemente policial y, además, se correría el riesgo de paralizar la actividad social por medio de la violencia penal. Los ciudadanos, dentro de un Estado de Derecho, no pueden vivir bajo la amenaza constante de violencia; tampoco de la que ejerce el Estado, pues ello significaría la negación de ese propio Estado de derecho. (BUSTOS, 2005, p. 28).

De este modo, apreciamos que «[d]entro del conjunto de conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves. Cómo se determina esa gravedad, evidentemente depende del grado de perturbación social que produce y la necesidad de que sea necesariamente una pena la que devuelva la confianza en la norma infringida». (GARCÍA, 2019, p. 137).

A lo expresado hasta aquí, advertimos que el ámbito valorativo del Derecho penal está en completa conexión con el Estado, cuando éste último, por medio del órgano legislativo, criminaliza y penaliza conductas socialmente dañosas. En esa importante tarea, el Estado no solo determina las categorías generales que ha de presentar determinado comportamiento para ser considerado como delito, sino que, además, procede a detallar las características especiales que ha de presentar dicha



conducta para ser catalogada como tal —las cuales se encuentran recogidas en la Parte Especial del Código Penal o en una Ley Penal Especial—. Así, la criminalización en el ámbito penal importa una serie de valoraciones: una, cuando efectúa una valoración (en sentido positivo), procediendo a identificar aquellos intereses sociales esenciales que merecen ser protegidos por el Derecho penal, y otra, cuando realiza una valoración (en sentido negativo), esto es, cuando el Estado a través del Derecho penal determina qué conductas —en específico— serán objeto de sanción penal ante su comisión, precisamente, por reunir dicho comportamiento las características para ser considerada como delito. Por lo tanto, ámbito valorativo y Estado presentan una relación de plena compatibilidad.

c) **Lo adscriptivo y su relación con el agente del delito.**

«La **dogmática** jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal». (ROXIN, 1997, p. 192).

De acuerdo con lo señalado, observamos que la ciencia del Derecho penal o dogmática jurídico-penal se circunscribe no únicamente al Derecho positivo vigente, pues esta —a su vez— se ocupa de las producciones doctrinales dadas en el ámbito del Derecho penal. Así las cosas, sobre la base de ambos elementos de estudio y análisis —legislación y doctrina—, entendemos que la labor científica del Derecho penal, radica en las tareas de interpretación, sistematización y crítica de



las disposiciones jurídicas vigentes,³⁶ así como en las labores de elaboración, perfeccionamiento y proposición de conceptos y nuevas líneas interpretación de los principios y disposiciones legales que conduzcan a una adecuada solución de los problemas sociales con relevancia jurídica —en especial, de relevancia jurídico-penal—.

Es por ello que, como bien apunta Miguel POLAINO NAVARRETE:

Si la norma es obra del legislador (Poder legislativo), la Dogmática es llevada a cabo por todos aquellos juristas (intérpretes y aplicadores de las normas penales) que se ocupen del conocimiento del Derecho positivo. En todo caso, Ordenamiento positivo (obra del legislador) y Dogmática penal (obra de los juristas) van inseparablemente unidos: **la Dogmática penal presupone el Ordenamiento**, o lo que es lo mismo, la Dogmática es el **conocimiento sistemático del objeto de conocimiento** de la Ciencia penal.

Entre las **funciones de la Dogmática** pueden resaltarse las siguientes:

- La interpretación y crítica de las leyes penales.
- La ordenación y sistematización de toda la materia judicial en el orden criminal.
- La estabilización y cumplimiento de los principios jurídico-penales.
- La elaboración de proposiciones doctrinales ante problemas dogmáticos.

³⁶ Sobre este punto, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE precisa que: «La Dogmática, en su concepción más clásica, discurre por tres fases: interpretación, sistema y crítica». (en: DEMETRIO Y RODRÍGUEZ (COORDS.), 2016, § 4, párr. 26).



- La seguridad jurídica en una aplicación uniforme y armónica del Derecho positivo.
- El perfeccionamiento del Derecho punitivo en cuanto ordenamiento regulador de conflictos criminales. (2015, p. 52).

Ahora bien, después de dar cuenta de manera breve sobre qué es la dogmática jurídico-penal y cuáles conformarían sus principales funciones, atendiendo a las exigencias del presente apartado, corresponde ocuparnos de la denominada teoría del delito, a fin de establecer las bases del ámbito adscriptivo y su relación con el agente del delito.

En primer lugar, debemos de mencionar que la teoría del delito se encarga de definir cuáles son aquellas características comunes y generales que debe de presentar un comportamiento para ser considerado como hecho punible. Como bien se sabe, esta no se ocupa de los elementos específicos de los tipos delictivos concretos, sino de aquello que es común a todos ellos (JESCHECK Y WEIGEND, 2014, p. 290); precisamente por ello, se afirma con razón que, la teoría del delito constituye «la obra dogmática por excelencia». (SILVA, 2012, p. 143).

La **teoría del delito** reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo pueden considerarse *comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos*. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la **dogmática** del Derecho penal. Esta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los *principios básicos* del Derecho penal positivo y su articulación en un *sistema* unitario. La teoría del delito constituye un intento



de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito *debería ser* —no es una construcción *iusnaturalista*—, sino una *elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste*. (MIR, 2016, p. 146).

Así las cosas —y con carácter general—, se indica que aquellas características comunes y generales que debe de presentar un comportamiento para ser considerado como delito está constituido por tres elementos, siendo estos: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En un sentido bastante amplio, se entiende por tipicidad a la adecuación de un hecho concreto con la descripción o definición abstracta que se hace de ella en una ley penal (tipo legal); por antijuridicidad, a la contravención de ese hecho típico con el ordenamiento jurídico; y, por culpabilidad, a la relación entre las condiciones personales del agente del delito (sujeto responsable) con la realización de la conducta típica y antijurídica (injusto típico).

Ahora bien. Para imputar un hecho —imputación del hecho—, se requiere constatar la presencia de las dos primeras categorías del delito (tipicidad y antijuridicidad). Cuando un comportamiento es típico y antijurídico, este se denomina injusto típico —o simplemente injusto—. Sin embargo, la presencia del injusto —comportamiento típico y antijurídico— no basta para imputar un delito, pues, es necesario determinar a la persona que lo cometió —imputación personal (culpabilidad)—, procediéndose a evaluar las características relativas al agente



(imputabilidad, probabilidad de conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta); vale decir, en esta última categoría del delito (culpabilidad) se analiza si el sujeto debe de responder por el (injusto) realizado. (VILLAVICENCIO, 2016, pp. 227-228).

Entendemos que la teoría del delito comporta una teoría de la imputación penal, en la que las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad constituyen los componentes de los niveles de imputación.

Así, las categorías de la tipicidad y antijuridicidad —injusto— inciden sobre un hecho concreto, el que necesariamente ha de ser concordante con la descripción legal que se hace en el tipo penal específico —tanto en su dimensión objetiva como subjetiva—, así como, que ese hecho debe de ser contrario al ordenamiento jurídico —debido a la ausencia de causas de justificación—. En tal sentido, vemos que el injusto —conformado por las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad— constituye el nivel referido a la imputación del hecho.

La categoría de la culpabilidad —o imputación personal—, por su parte, incide sobre el autor del hecho cometido. «Para este fin, la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos relativos al agente: **imputabilidad** (excluida por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteración de la percepción), **probabilidad de conciencia de la antijuridicidad** (excluida por situación de error de prohibición) y **exigibilidad de otra conducta** (excluida por una situación de miedo insuperable, obediencia jerárquica, etc.). (VILLAVICENCIO, 2016, p. 228).

En síntesis, hablar de culpabilidad es necesariamente hacer referencia al nivel de imputación personal, pues, aquel hecho cometido que reúne las



características de tipicidad y antijuridicidad —injusto— es atribuido al agente que lo realizó, dado que, dicho agente reúne las condiciones personales necesarias para entender que es responsable por ese hecho cometido.

Sobre la base de lo señalado, tenemos que el ámbito adscriptivo y su relación con el agente del delito resultan manifiestamente compatibles, en virtud de las categorías elementales del delito: conformadas en un primer momento por la tipicidad y la antijuridicidad —injusto— que constituyen el primer nivel de imputación (imputación del hecho), y en un segundo momento, conformado por la culpabilidad, que versa sobre el agente y que constituye el segundo nivel de imputación (imputación personal).

En conclusión. En atención a todo el desarrollo argumentativo realizado y como es ampliamente sabido dentro del campo del Derecho penal, sola y únicamente la pena será aplicable a aquel agente que cometió un (injusto culpable).

2.2. TEORÍAS DE LA PENA.

Antes de comenzar con el desarrollo de la presente sección, atendiendo a exigencias de claridad conceptual, valga en principio atenerse a la advertencia formulada por José HURTADO POZO:

El término teoría es utilizado por los juristas en general y, en particular, por los penalistas con bastante ligereza. Se tiene la impresión, muchas veces, que los juristas al presentar sus ideas bajo esta designación creen que explican un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una



institución o de un concepto jurídico. Si fuera así, se tendría que aceptar el carácter científico de la teoría sobre la base de la mayor o menor concordancia con la realidad. (2005, p. 367).

En la línea de lo anotado, estimamos que el cuestionamiento formulado resulta válido, pues, como es sabido, el empleo del término «teoría» estaba reservado en su tiempo para el estricto ámbito de las ciencias naturales, cuando solo aquellas eran consideradas científicas (siglo XIX), esto es, para aquellas que operan sobre lo empírico, lo fáctico y lo causal, explicando o describiendo los fenómenos de la realidad circundante. Es por ello que no le falta razón a la observación planteada por José HURTADO POZO cuando indica que el término «teoría» es utilizado con bastante ligereza por los juristas en general —y por los penalistas en particular—, pues, si partimos desde el sentido originario del término, la consecuencia y efectos inmediatos de tal postura al interior del ámbito de las teorías de la pena, consistiría en reconocer el carácter científico de uno u otro planteamiento, según su mayor o menor concordancia con la realidad.

El Derecho penal, y consecuentemente, todo lo referido a las teorías de la pena, no se ocupan —en estricto— de las dimensiones fáctica, empírica o conectiva, lo cual obligue a encuadrar su actividad científica a la descripción de las múltiples y variadas manifestaciones que tiene la pena en la realidad social.

Desplegar una tarea de dicha índole, significaría —sin mayores cuestionamientos— desconocer la distinción fundamental entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu; pues, como sabemos, es específicamente en este último campo donde se ubica el Derecho penal, la cual hace que nuestra disciplina



tenga el carácter de ciencia —ciencia del Derecho penal—, circunscribiendo su actividad sobre los planos normativo, valorativo y adscriptivo.

En atención a lo expuesto, es que nos adherimos a lo señalado por Enrique BACIGALUPO, cuando indica que «[e]n realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentación en último término». (1999, p. 31).

Lo dicho coincide con nuestras consideraciones expuestas en líneas anteriores. En efecto, el que se traten de principios o axiomas legitimantes lleva consigo a que se realice una labor argumentativa en favor de determinada posición, es decir, que se expongan razones. Así pues, esas razones han de encontrarse apoyadas y circunscritas a los planos que pertenecen a lo estrictamente jurídico-penal en cuanto ciencia: lo normativo, lo valorativo y lo adscriptivo; aunque, como señalamos también, ello no quiere decir que se prescinda por completo de la realidad que nos circunda y rodea.

No obstante, se sabe que en el plano lingüístico del Derecho penal —en el lenguaje de los juristas—, el término «teoría» no solo es ampliamente adoptado por los penalistas, sino también, es profusamente utilizado en la inmensa literatura jurídico-penal. Por tanto, al margen de lo anotado y pese a la precisión conceptual realizada, por cuestiones de uso común del lenguaje y de recepción pacífica por la ciencia penal, convenimos en lo sucesivo en emplear el término «teoría»; pero, teniendo siempre presente las advertencias y contenidos anotados.



2.2.1. Teorías absolutas de la pena.

Las teorías absolutas de la pena son denominadas también «teorías de la retribución». Sobre ellas se indica, de manera generalizada, que prescinden completamente de la idea de finalidad social. Esto quiere decir que, con la pena no se persigue algún fin socialmente útil, sino por medio de ella, solamente se busca la realización de las exigencias absolutas de justicia —libre de toda consideración de utilidad social—. En ese sentido, conforme las llamadas teorías absolutas, la pena sirve solamente para realizar la justicia; dado que, el autor es penado porque, por su hecho, ha merecido la pena. (FRISTER, 2016, p. 59).

Las teorías *absolutas* enseñan lo siguiente: *poena absoluta est ab effectu, punitur quia peccatum est*. Ellas identifican la esencia de la pena como su finalidad. La pena *no debe* y *no puede* ser más que lo que es: represión, imposición de un mal, con la finalidad de compensar otro mal, de la retribución a la culpabilidad, pero no un medio de combate al delito. La contención de la criminalidad, que (en la mejor de las hipótesis) resulta de la represión, es un efecto secundario deseable, pero no es objeto que ella persigue. (BOCKELMANN Y VOLK, 2020, p. 34).

En las teorías absolutas, la justificación de la pena se funda exclusivamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*), por ello, se sostiene que la pena es retribución, entendida como compensación del mal causado por el delito (CEREZO, 2005, p. 22). Como expresa Santiago MIR PUIG, esta concepción entiende que «el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido». (2016, p. 84).



Observamos que, dentro de este planteamiento dogmático, resulta indispensable el castigo del sujeto culpable para satisfacer las exigencias absolutas de justicia. El Estado es el encargado de concretar la justicia, recompensando el bien y castigando el mal (*punitur quia peccatum est*), por lo cual, la pena es concebida como fin en sí misma. (HURTADO, 2005, p. 35).

Precisamente por ello, es que se emplea el término absoluto (lat. *absolutus*: desvinculado), porque evidencia que la justificación de la pena solamente se refiere a hechos pasados y está desvinculada de cualquier efecto social en el futuro. (WESSELS, BEULKE Y SATZGER, 2018, p. 10; en el mismo sentido ROXIN, 1997, p. 82; POLAINO, 2015, p. 64).

En ese entender, es que las teorías absolutas, en tanto manifestaciones de retribución, comprenden a la (pena) como un mal o sufrimiento que se inflige al delincuente que ha causado un mal con su concreto comportamiento (delito).

Según el sentido literal de la palabra “pena”, y de acuerdo con el pensamiento general que condice con este sentido, la pena es un mal del sufrimiento, que es infligido debido a —y con el fin de compensar, de retribuir— un mal precedente de la conducta.

Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, 1625, lib. II, cap. XX, De poenis: *poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*.

Por lo tanto, la pena es represión [...]. Consecuencias jurídicas sin ningún carácter represivo no son penas. (BOCKELMANN Y VOLK, 2020, p. 27).



La idea de justicia en las teorías absolutas, conlleva necesariamente a la imposición de la pena al sujeto culpable, precisamente, porque éste ha cometido un delito. De este modo, el carácter retributivo de la pena se agota en el castigo del sujeto responsable por el delito cometido, satisfaciéndose así las exigencias de justicia. Pues, como sostiene Enrique BACIGALUPO: «[s]ólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil». (1999, p. 32).

Ahora bien. Las teorías absolutas de la pena, en cuanto construcciones teóricas, no aparecen hasta la llegada del idealismo alemán, entre los siglos XVIII y XIX. Los principales representantes de esta línea de pensamiento —así como sus formulaciones más importantes— recaen decididamente en las figuras de Immanuel KANT (1724-1804) y Friedrich HEGEL (1770-1831). Ambos autores aparecen en un contexto ideológico y político marcado por el pensamiento de la Ilustración.

Sobre este extremo, precisa Santiago MIR PUIG que, contrariamente a lo que sucedía en Alemania, donde las ideas de la Ilustración no encontraron una pronta cristalización política y consiguientemente legislativa de las ideas liberales; en Francia, ésta sí tuvo lugar gracias a la Revolución Francesa. En efecto, la plasmación concreta de las ideas liberales en el derecho positivo desde finales del siglo XVIII, permitió el paso de un planteamiento metódico iusnaturalista a uno marcadamente sujeto al derecho positivo, a la legislación. En Alemania, al hallarse todavía la legislación penal anclada en el espíritu del Antiguo Régimen, y en marcada contraposición a la filosofía política del Estado liberal, ésta se apoderó de la mayor parte de las mentalidades cultas; por lo que, la ciencia penal tuvo que



mantener su atención por el derecho natural racional, único que reflejaba las aspiraciones de la época. (2016, pp. 177-178).

El Derecho penal de la época de Immanuel KANT y Friedrich HEGEL estuvo impregnado del espíritu del Antiguo Régimen o Estado Absoluto, contexto histórico, político y social en el que comúnmente se empleaban castigos corporales y donde la ejecución de la pena de muerte era acompañada del tormento del reo; un tiempo en donde se imponían penas inhumanas y degradantes.

Aquellos tiempos de oscuridad del Derecho penal a causa del Antiguo Régimen, fueron progresivamente desterrados por el espíritu del pensamiento de la Ilustración, pues, conforme enseñan Sergio POLITOFF L., Jean Pierre MATUS A. y María Cecilia RAMÍREZ G., los Códigos liberales de esa época se caracterizaban por:

[...] a) la humanización de las penas, suprimiendo las corporales (marcas a fuego, azotes, etc.), mitigando la ejecución de la pena de muerte mediante la eliminación de los suplicios que la acompañaban, y sobre todo, reduciendo los casos en que se aplicaba; b) el surgimiento de la pena privativa de libertad como medida común del castigo penal (y, consiguientemente, de los establecimientos penitenciarios propiamente tales); c) la imposición de penas proporcionadas —según la valoración de la época— a los delitos, facilitada no solo por la temporalidad de la prisión, sino también por la existencia de una numerosa cantidad de otras penas, privativas de derechos y pecunarias; y d) el establecimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas. (2004, p. 26).



Está claro que los planteamientos filosóficos esbozados por KANT y HEGEL, respondían al pensamiento liberal de su época y se dirigían a alcanzarlos; empero, lo que hace que dichos autores lleguen a conclusiones aparentemente contrarias a las ideas liberales lo comportan sus particulares puntos de partida, consistentes en la forma en que concebían la realización de la idea de justicia y el marcado carácter retributivo de la pena, distinguiéndose: un retribucionismo ético (kantiano) y un retribucionismo jurídico (hegeliano).

El catálogo de sanciones propio del Antiguo Régimen (por ejemplo: pena de muerte, penas infamantes, mutilaciones, azotes, marcas a fuego, etcétera), estaban marcadamente caracterizados por su inhumanidad y degradación del ser humano, los cuales muy bien podrían reconocerse como manifestaciones de una siniestra prevención general (negativa), dirigidas a la intimidación y a la corrección.

Los planteamientos teóricos de KANT y HEGEL, responden al espíritu de su tiempo, pues cuestionan cómo era entendido y cómo era ejercido el poder punitivo en aquel momento.

Por lo cual, lo sostenido por los máximos representantes del idealismo alemán, «[...] deben entenderse como productos de la polémica que dichos filósofos mantenían contra la concepción relativista de la pena que dominaba en su época, a la que precisamente reprochaba HEGEL, que trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y libertad» (HASSEMER Y MUÑOZ, 1989, p. 151; en el mismo sentido BAUMANN, 1973, p. 15).



a) **Immanuel KANT.**

En el pensamiento kantiano, la pena retribuye el mal causado por el delito, por lo que, con su imposición, se satisfacen las exigencias absolutas de justicia.³⁷

La filosofía kantiana se asienta en el concepto de dignidad humana. Este concepto implica el respeto pleno y absoluto por la persona, así como el que éste deber ser considerado siempre y en todo momento como fin en sí mismo —nunca como un medio—.

Efectivamente, KANT, afirma que «el hombre y en general todo ser racional, *existe* como fin en sí mismo, *no meramente como medio* para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin». Este planteamiento le conduce a formular el siguiente imperativo práctico: «obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio». La premisa relativa a la defensa del respeto a la persona humana como un fin en sí misma está presente en toda la filosofía kantiana; esta

³⁷ Apunta Jacobo BARRA DE QUIROGA que la idea del (deber) constituye una pieza fundamental para entender el pensamiento kantiano: «KANT considera el «deber» como una pieza clave de su filosofía. El deber «es la acción a la que alguien está obligado» y, en relación al deber establece las diferencias entre el *meritum*, el *debitum*, el *demeritum*, la *poena* y el *praemium*. En efecto, señala KANT que «es *meritorio (meritum)* lo que alguien hace de más conforme al deber en comparación con aquello a que la ley puede obligarle; lo que hace solo conforme a esta última, es *debido (debitum)*; por último, lo que hace *de menos* en comparación con lo que la última exige, es *delito moral (demeritum)*. El efecto *jurídico* de un delito es la *pena (poena)*; el de un acto meritorio, la *recompensa (praemium)* (supuesto que está prometida en la ley, fue la causa de la acción); la adecuación de la conducta a lo debido carece de efecto jurídico. La *retribución* benevolente (*remunerations repensio beneficia*) no guarda *relación jurídica* con el acto». (2018, p. 102).



premisa le llevará a la consecuencia de que la pena es retribución, pues, no cabe atribuirle a la pena ningún fin utilitarista. (BARJA, 2018, p. 102).

Partiendo de la idea fundamental de dignidad humana, consistente en que el hombre es un fin en sí mismo y nunca un medio, KANT, establece la distinción entre pena judicial (*poena forensis*) y pena natural (*poena naturalis*).

Sobre la pena natural (*poena naturalis*), indica que este castigo es la consecuencia directa que recae sobre el agente del delito como resultado de su propio actuar (delictivo); es decir, aquel que se ocasiona él mismo como producto de su comportamiento criminal.

Por otro lado, en lo concerniente a la pena judicial (*poena forensis*), manifiesta que la sanción recaída sobre el infractor no puede servir nunca como medio para fomentar un bien —sea en provecho del propio delincuente, sea en provecho de la sociedad en su conjunto—, dado que, la pena debe imponérsele solo porque ha delinquido.

De acuerdo con ello, el asumir una posición contraria a la expuesta por KANT, en el que a través de la pena se busquen obtener beneficios en favor del infractor o de la sociedad en general, conllevaría a considerar al hombre como un medio, y de esta forma, el que el hombre sea confundido como un objeto más dentro del derecho de cosas (derecho real).

La *pena judicial* (*poena forensis*), distinta de la *natural* (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar



otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica «es mejor que *un* hombre muera a que perezca todo el pueblo»! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra.— ¡Qué debemos pensar, pues, de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían nueva información, provechosa para la comunidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio. (KANT, 2008, pp. 166-167).

Por su parte, otra idea fundamental dentro del pensamiento kantiano, es la que se encuentra recogida en el conocido ejemplo de la isla, donde se da cuenta que



la ley penal es un «imperativo categórico»,³⁸ vale decir, «un mandato de la justicia libre de toda consideración final». (JESCHECK Y WEIGEND, 2014, p. 104). Con el ejemplo de la isla, KANT señala que la ley penal debe de ser siempre aplicada —y ejecutada la sanción— en contra del infractor, incluso a pesar de que la sociedad en la que sucedieron estos hechos delictivos decidiera disolverse y dispersarse por el mundo; puesto que, en caso de no hacerlo, los miembros del referido cuerpo social podrían ser considerados como cómplices o partícipes de tal injusticia.

Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia. (KANT, 2008, pp. 168-169).

Partiendo del ejemplo de la isla de KANT, vemos que la ley penal se presenta como un «imperativo categórico», como una exigencia incondicionada de justicia, en el sentido de que el castigo del culpable es una exigencia esencial de la moral. (HURTADO, 2005, p. 35).

³⁸ Sobre el concepto fundamental kantiano del «imperativo categórico», Dietmar VON DER PFORDTEN precisa lo siguiente: «La forma básica del imperativo categórico reza: «Obra solo según aquella máxima por la cual puedas querer al mismo tiempo se convierta en una ley universal» [...]. Mientras que las tres fórmulas de concretización prescriben: (1) «[...] Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza» [...]. (2) «[...] Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio» [...]. Y (3) «[...] “Obra según máximas de un miembro que legisla universalmente para un reino de los fines simplemente posible”, [...]». (2020, p. 51).



Si la realización de la justicia, en sentido kantiano, se corresponde con el cabal cumplimiento de la ley penal —imposición de la pena—, entonces, solo de esa forma se satisface la exigencia esencial de la moral, entendida como «imperativo categórico». Por todo ello, se sostiene que la aportación de KANT, en el ámbito de la pena, es una fundamentación de índole estrictamente ética.

El cumplimiento de la ley penal —y con ella, la imposición de la pena—, traía consigo el problema de la medida o determinación de la pena. A consideración de KANT, el grado y clase del mal en que consiste la pena debía ser determinado atendiendo a un principio de justicia, basado en una relación de estricta igualdad entre la gravedad del mal externamente cometido y la pena a imponerse. (PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 167).

En este específico ámbito, KANT, recurrió a la idea del talión: ojo por ojo, diente por diente, etcétera. Aparece así, en el pensamiento kantiano, la idea de la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena ha imponer, cuya base la constituyó la ley del talión.

Sobre este fundamental aspecto, anota Immanuel KANT:

Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con



seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones.— Ahora bien, parece ciertamente que la diferencia entre las posiciones sociales no permite aplicar el principio del tali3n: lo mismo por lo mismo; pero aunque no sea posible literalmente, puede seguir valiendo en cuanto a su efecto, respecto al modo de sentir de los m3s nobles.— As3, por ejemplo, la multa por una injuria verbal no guarda relaci3n alguna con la ofensa, porque quien tiene mucho dinero puede permit3rsela perfectamente por placer alguna vez; pero la ofensa inferida al pundonor de uno puede llegar a equipararse al da3o infringido al orgullo del otro, si se obligara a 3ste, por juicio y derecho, no s3lo a retractarse p3blicamente, sino tambi3n, por ejemplo, a besar la mano de aqu3l, aun cuando sea inferior. Asimismo, si se condenara a un personaje distinguido y violento, por los golpes que ha propinado a un ciudadano inferior, pero inocente, no s3lo a que se retracte, sino tambi3n a un arresto aislado y doloroso, porque as3, adem3s de sufrir la incomodidad, quedar3 dolorosamente afectada la vanidad del autor y de este modo —mediante la vergüenza— se pagar3 con la misma moneda, como es debido. Pero ¿qu3 significa la afirmaci3n: «si t3 le robas, te robas a ti mismo»? Significa que quien roba hace insegura la propiedad de todos los dem3s; por lo tanto, se priva a s3 mismo (seg3n la ley del tali3n) de la seguridad de toda posible propiedad; nada tiene y tampoco puede adquirir nada, pero, sin embargo, quiere vivir, lo cual es imposible si otros no le sustentan. Ahora bien, puesto



que el Estado no lo hará gratuitamente, tiene que cederle sus fuerzas para cualquier trabajo que se le antoje (trabajos forzados o trabajos en la prisión), con lo cual cae en un estado de esclavitud durante un cierto tiempo o, según las circunstancias, también para siempre.— Pero si ha cometido un asesinato, tiene que *morir*. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe *equivalencia* entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre.— (2008, pp. 167-168).

En esa línea de entendimiento, sobre la idea de proporcionalidad en el pensamiento kantiano, expone Joaquín CUELLO CONTRERAS:

Según KANT (Metafísica de las costumbres), una pena que no tuviese en cuenta el daño ocasionado por el delito no sería justa. La conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad —cuantitativa y cualitativa— que ha de existir entre el daño causado por el delito y la pena merecida. Esa igualdad obliga a equiparar robar (delito) con perder los propios bienes (pena), injuriar (delito) con la pérdida del propio honor (pena), matar (delito) con morir (pena). Sin conciencia de tal igualdad no puede decirse que se haya comprendido el significado de la punición. Pues si en la conciencia colectiva y en la del infractor las injurias estuvieran sancionadas con una pena pecuniaria se equipararían conceptos imponderables, y podría pensarse que mediante el pago de una determinada



cantidad de dinero se puede atacar el honor de las personas. Si se observa bien, resulta que el principio del “talión” puede significar un freno a la prevención, ya que impediría, p. ej., castigar con la muerte a quien se ha limitado a robar. (2002, p. 89).

Dimos cuenta de que la ley penal se presenta como un «imperativo categórico» y, que a través de su imposición, se cumple con las exigencias de justicia: la pena se impone al delincuente porque ha delinquido. Del mismo modo, la medida de la pena está sujeta a la Ley del talión: ojo por ojo, diente por diente, etcétera, surgiendo de esta forma la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena.

No obstante lo anotado, el panorama no estaría completo sin la consideración kantiana de la libertad, basada en la idea de que todo hombre es un ser dotado de racionalidad.

Libertad y racionalidad —como atributos del hombre— fundamentan la dignidad humana y asientan las bases para hacerlo responsable por los actos —lícitos o ilícitos— que cometa. Lo señalado, necesariamente, conduce a reconocer que (el hombre es un fin en sí mismo).

Así, tal como afirma Manuel JAÉN VALLEJO, tenemos que «[l]a teoría de la *retribución moral*, que se debe al filósofo alemán KANT, sobre la base de que el hombre es libre, afirma que este, al hacer mal uso de su libertad, se hace acreedor, *en justicia*, del mal de la pena». Precizando que, «[e]n esta concepción la pena, como retribución por el mal uso de la libertad, viene a ser un *imperativo categórico*, esto es, una exigencia incondicional de la justicia; esta debe imperar a toda costa y



por ello se debe imponer la pena». (1999, p. 24; en el mismo sentido ZUGALDÍA en: ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010, p. 181; BARJA, 2018, p. 117).

Así las cosas, en esta concepción, se entiende que el hombre al ser un ser libre, cuando hace un mal uso de su libertad cometiendo un delito, se convierte en culpable, y esa culpabilidad debe de ser objeto de retribución con el mal de la pena —dándose cumplimiento de esta forma a las exigencias incondicionales de justicia en cuanto imperativo categórico—.

b) Friedrich HEGEL.

En cuanto al pensamiento hegeliano, es muy conocida la fórmula dialéctica de la «negación de la negación». Esta fórmula dialéctica consiste —esquemáticamente— en entender que (i) el delito es la negación del orden jurídico (tesis) y (ii) la pena es la negación del delito (antítesis), a lo cual, (iii) como consecuencia de esta operación lógica, se consigue la afirmación del Derecho (síntesis).

Atendiendo a lo indicado, se suele afirmar que el planteamiento hegeliano comporta una fundamentación jurídica, dado que, la base de sus consideraciones lo constituye el orden jurídico (Derecho).

Ahora bien. En cuanto a la teoría penal hegeliana —fórmula dialéctica de la «negación de la negación»—, debemos de precisar que ésta no fue elaborada de manera explícita por el propio HEGEL en sus *Principios de la Filosofía del Derecho*; sino que, aquella (fórmula dialéctica) obedece más bien a los apuntes que en su día



realizaran sus discípulos HOTHÓ y VON GRIESHEIM. En este contexto, fue GANS, su otro discípulo, quien tomó estos apuntes —junto con unas notas marginales del propio HEGEL— y las incluyó en el texto de su maestro como apéndices o agregados a la obra principal. (en el mismo sentido ROXIN, 1997, p. 83; BARJA, 2018, p. 107).

En cuanto a la fundamentación de la fórmula dialéctica de la «negación de la negación», Friedrich HEGEL, señalaba lo siguiente:

§ 97. La lesión del derecho en cuanto derecho tiene por cierto una existencia positiva, exterior, pero esta existencia es *en sí misma* nula. La *manifestación* de esta nulidad suya es la aniquilación de la lesión, que también entra en la existencia. Ésta es la realidad efectiva del derecho, su necesidad que se media consigo misma por la eliminación de su lesión.

Agregado. Con un delito se altera algo, y en esta alteración la cosa existe, pero esta existencia es lo contrario de ella misma y por lo tanto en sí misma nula. Lo nulo es haber eliminado el derecho en cuanto derecho. El derecho, en cuanto absoluto, no puede eliminarse, por lo cual la exteriorización del delito es en sí nula y esa nulidad es la esencia del actuar delictivo. Pero lo que es nulo debe manifestarse como tal, es decir, ponerse a su vez como lesionable. El hecho delictivo no es un primero, positivo, al que seguiría la pena como su negación, sino que es un negativo, por lo que el castigo es sólo una negación. El derecho efectivo es pues la eliminación de esta lesión; precisamente en ello muestra su validez y se acredita como una existencia necesariamente mediada. (1999, p. 184).



En la teoría penal hegeliana, el delito es entendido como lesión del Derecho, como alteración del orden jurídico. Al ser el delito contrario al Derecho, contrario al orden jurídico, su existencia es en sí misma nula. Precisamente, porque la existencia del delito —radicada en la exteriorización o alteración de algo— es contraria a sí misma —contraria al orden jurídico—, conduce a que esa nulidad constituya la esencia del actuar delictivo, debiendo colocársele como lesionable frente al Derecho.³⁹

En la línea de lo anotado, esto último responde a que tanto el delito como la pena, operan como negativos: el delito (niega el Derecho), a lo cual, la pena (niega el delito). Este proceder lógico, conduce nuevamente a la (afirmación del Derecho), dada la eliminación de la lesión que comporta el delito.

Sintéticamente, como bien expresa Michael PAWLIK: «Este ataque —en terminología de HEGEL: esta negación— es contradicho en el acto del castigo; expresado con HEGEL, es negado. La retribución no es otra cosa que esta negación de la negación». (2019, p. 55).

Para Hegel, el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la “voluntad general” representada por el orden jurídico con la “voluntad especial” del delincuente, concordancia quebrada por el delito. Ello se consigue negando con la pena la negación de

³⁹ Sobre este extremo del pensamiento hegeliano, Michael PAWLIK realiza la siguiente precisión: «El delito es, según su estructura lógica, un juicio negativo-infinito. En tal juicio, se «vinculan de forma negativa determinaciones [*Bestimmungen*] sobre sujeto y predicado [...], y de éstas la una no solo no contiene la determinación [*Bestimmtheit*] de la otra, sino que tampoco contiene la esfera universal de esta última». Por tanto, el ladrón no solamente cuestiona la subsunción de la cosa sustraída bajo la voluntad de la víctima, como lo hace una parte en un litigio civil, sino que el ladrón, al mismo tiempo, niega lo universal en la figura de la capacidad jurídica de dicha víctima». (2016, p. 46).



la voluntad general por la voluntad especial del delincuente, de acuerdo con el método dialéctico hegeliano: la *posición* es la voluntad general (orden jurídico), la *negación* de la misma es el delito y, por último, la *negación de la negación* se consigue con la pena. En este planteamiento la pena se concibe sólo como *reacción que mira al pasado* (al delito) y no como instrumento de fines posteriores. (MIR, 2003, p. 50).

Observamos que, en HEGEL, el carácter retributivo de la pena consiste en el restablecimiento de la «voluntad general» representada por el orden jurídico (Derecho), la misma que resultó negada por la «voluntad especial» del delincuente a través del (delito).

§ 99. La lesión que afecta en cambio la voluntad existente *en sí* (y por consiguiente tanto la del que la efectúa como la del que la padece y la de todos los demás) no tiene *ninguna existencia positiva* en dicha voluntad ni en su mero producto. La voluntad existente en sí (el derecho, la ley en sí) es lo que *por sí* no puede existir exteriormente y es, por lo tanto, ileSIONABLE. La lesión es, pues, para la voluntad particular del lesionado y de los demás, sólo algo negativo. Su única *existencia positiva* es como *voluntad particular del delincuente*. La lesión de ésta en cuanto voluntad existente es por lo tanto la eliminación del delito —*que de otro modo sería válido*— y la restauración del derecho. (HEGEL, 1999, p. 185).

En este contexto, cuando la «voluntad general» resulta negada por la «voluntad particular» del delincuente, la sanción penal opera como negación de esa



«voluntad particular», dando paso, nuevamente, a la afirmación de la «voluntad general».

Cabe resaltar que, aquella «voluntad particular» expresada en la acción del delincuente, ha instituido una ley (en cuanto voluntad universal racional) que él ha reconocido como válida, bajo cuya ley se subsume su comportamiento. La imposición de la pena restablece el Derecho como ley universal. En tal sentido, la anulación del delito mediante la pena, supone el restablecimiento del Derecho «voluntad general». (BARJA, 2018, p. 106).

De este modo, «[v]éase cómo se aplica, así, el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la «*tesis*», la negación de la misma por el delito es la «*antítesis*», y la negación de esta negación será la «*síntesis*», que tendrá lugar mediante el castigo del delito. En esta construcción la pena se concibe sólo como *reacción* (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores». (MIR, 2016, p. 85).

Precisamente, las teorías absolutas de la pena —y entre ellas, el pensamiento hegeliano—, fueron producto de la acentuada crítica y reproche que sostuvieron contra los postulados de una concepción relativa de la pena que dominaba en su época, postura que, trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y libertad. Es menester manifestar que, HEGEL —al igual de KANT—, parte del respeto absoluto a la dignidad humana, así como, de la consideración de reconocer al sujeto delincuente como un ser racional.



§ 99. [...]

Agregado. La teoría de la pena de Feuerbach funda la pena en la amenaza y opina que si a pesar de ella ocurre un delito, la amenaza debe cumplirse porque el delincuente ya la conocía previamente. Pero, ¿qué sucede con el carácter jurídico de la amenaza? Esta teoría no supone que el hombre es libre y quiere obligar por la representación de un perjuicio. El derecho y la justicia deben, sin embargo, tener su lugar en la libertad y la voluntad y no en la falta de libertad a la que se dirige la amenaza. Con esta fundamentación de la pena se actúa como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro. La amenaza, que puede sublevar al hombre y llevarlo a mostrar su libertad contra ella, deja completamente de lado la justicia. La violencia psicológica sólo puede referirse a la diferencia cualitativa y cuantitativa del delito, pero no a su naturaleza misma; los códigos que hayan surgido de esta doctrina carecen por lo tanto de un fundamento propio. (HEGEL, 1999, pp. 186-187).

Precisamente, un punto importante en la construcción de la teoría penal hegeliana, es aquel que consiste en asumir que la pena se impone al autor del delito, debido a que, el quebrantamiento del orden jurídico (Derecho) fue el resultado de la manifestación de un acto de libertad por parte del sujeto delincuente (delito); vale decir, que el delito es producto de la voluntad racional del sujeto culpable.

Asimismo, bajo este particular esquema, se entiende con carácter razonable, que la pena es justa, puesto que tiene en consideración la libertad del hombre. Así pues, basándose en esa concreta libertad, es que éste responde por el



quebrantamiento del orden jurídico. En consecuencia, mediante la imposición de la pena, se honra al delincuente como un ser racional.

Esto es descrito por Michael PAWLIK del siguiente modo: «Ciertamente, la praxis de responsabilizar según la medida de lo merecido se puede definir y legitimar en un sistema de imputación ética y jurídica que opere bajo la idea de libertad como expresión de *respeto* ante el autor que se ha servido de su capacidad para configurar el mundo arbitrariamente de un modo concreto (esto es, de forma contraria a deber) y no de otro (esto es, conforme a deber)», circunstancia que, «HEGEL vestirá esta idea con la famosa fórmula de que el autor, al ser castigado, es honrado como sujeto racional». (2019, p. 57).

§ 100. La lesión que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí*; por ser justa es al mismo tiempo su voluntad existente *en sí*, una existencia de su libertad, *su* derecho. Es por lo tanto un *derecho en el delincuente* mismo, es decir, puesto en su voluntad *existente*, en su acción. En efecto, en su acción, en cuanto acción de un ser *racional*, está implícito que es algo universal, que por su intermedio se formula una ley que él ha reconocido en ella para sí y bajo la cual puede por lo tanto ser subsumido como bajo *su* derecho.

Obs. Como se sabe, Beccaria ha negado al Estado el derecho a la pena de muerte por la razón de que no se podría presumir que en el contrato social estuviera incluido el consentimiento de los individuos para dejarse matar, sino que se tendría que suponer más bien lo contrario. Pero el Estado no es absoluto un contrato (véase § 75), ni su esencia sustancial es de un modo incondicional la *protección* y la *seguridad* de la vida y de la



propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio. Por otra parte, no se trata sólo del *concepto* de delito, de lo racional del mismo *en y por sí*, que el Estado debe hacer valer *con* o *sin* el consentimiento de los individuos, sino que, además, en la acción misma del delincuente está la racionalidad formal, el *querer del individuo*. Al considerar que la pena contiene su propio derecho, se *honra* al delincuente como un ser racional. No se le concedería este honor si el concepto y la medida de la pena no se tomaran del hecho mismo, si se lo considera como un animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma como finalidad de la pena la intimidación o corrección. Por otra parte, respecto del modo de existencia de la justicia, la forma que ella tiene en el Estado, es decir, la pena, no es la única forma, ni el Estado es la suposición que condiciona la justicia en sí.

Agregado. Lo que Beccaria pide, que el hombre tiene que dar su consentimiento para el castigo, es totalmente correcto, pero el delincuente lo otorga ya por su hecho. Es por lo tanto la naturaleza del delito, así como la propia voluntad del delincuente, que la lesión que parte de él sea eliminada. A pesar de ello, la preocupación de Beccaria por eliminar la pena de muerte ha tenido efectos ventajosos. Aunque ni José II ni los franceses han podido imponer nunca su total derogación, sin embargo, se ha comenzado a examinar qué delitos merecen la pena de muerte y cuáles no. Gracias a ello la pena de muerte se ha tornado menos frecuente, tal como corresponde a la más alta pena. (HEGEL, 1999, pp. 187-188).



En cuanto al marco de la proporcionalidad del castigo, un aspecto esencial de la teoría penal hegeliana, es aquella que sostiene que la pena no está ajustada al talión. Esto lo aleja de la posición asumida por KANT, en la que se tenía que retribuir al delincuente el mismo daño que había causado con la realización de su delito. Estando a lo dicho, a consideración de HEGEL, la fórmula del talión resulta prácticamente irrealizable.

Ciertamente, lo último responde, sobre todo, a que una tal exigencia de realización de justicia —en sentido kantiano—, nos conduciría a la ineludible necesidad de devolver con la pena igual cantidad de dolor sobre el autor del delito y, para tal efecto, resultaría imprescindible medir la sensibilidad de cada quien. (ZAFFARONI, 1998, p. 69).

En HEGEL, se deja de lado la idea de la retribución kantiana basada en el talión, proponiéndose la idea de la equivalencia entre delito y pena.

§ 101. La eliminación del delito es una *compensación* en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también la tiene que tener su negación en cuanto existencia. Esta identidad basada en el concepto no es empero una *igualdad* en las características específicas de la lesión, sino en sus características existentes en sí, es decir, según su valor. (1999, p. 189).

Dado que HEGEL calificaba de irracional la posición fundada en que a la existencia del mal del delito, necesariamente, debía acompañársele el mal de la pena (1999, p. 185; PAWLIK, 2019, p. 57), lo afirmado le conduce a sostener que, aquella



equivalencia entre el delito cometido y la pena a imponer, debía alcanzarse desde un punto de vista valorativo, buscándose esa igualdad en lo esencial, dando paso a una *equivalencia valorativa* entre delito y pena. (BARJA, 2018, p. 107).

En este contexto, atendiendo a que todo delito tiene un alcance cuantitativo y cualitativo —como expresa HEGEL—, su negación mediante la pena —igualmente— también ha de presentar ese doble alcance; así pues, esa identidad no radica en proporcionar una respuesta igual a la generada por el delito, ya que la respuesta será correcta y adecuada —en sentido hegeliano— cuando esta sea valorativamente igual a la lesión producida, en atención a la igualdad interna de las cosas.

Tal como indica Jacobo BARJA DE QUIROGA, «[...]», no se trata de encontrar la igualdad específica sino de establecer identidades de valoración en función del concepto. El delito es vulneración de la vulneración por lo que la pena tiene que suponer la negación de dicha vulneración. Únicamente de esta forma puede establecerse la igualdad: si el delito implica una vulneración, la pena (su negación) ha de suponer una vulneración». Puntualizando además que, «[l]a igualdad en las vulneraciones sólo puede examinarse desde la óptica del valor, esto es, de la igualdad interna de las cosas. Cuando valorativamente ambas vulneraciones son idénticas se ha encontrado la adecuación correcta». (2018, p. 108). Por consiguiente, «[...]», según sea el *quantum* o intensidad de la negación del derecho, así también será el *quantum* o intensidad de la nueva negación que es la pena». (BUSTOS, 2005, p. 86).



De acuerdo con lo expuesto, dado que en HEGEL la equivalencia valorativa entre delito y pena es la forma en la que ha de configurarse la respuesta punitiva contra el delito, advirtiendo precisamente por esta razón que, no es posible determinar con exactitud y con carácter general cuáles son las respuestas adecuadas o correctas al delito, reconoce que esta depende de la legislación que es de signo variable, según la sociedad y el tiempo, dando lugar a respuestas penales diferentes. Conforme sostiene Hans WELZEL, «[I]a apreciación del merecimiento de la pena de un hecho, está sujeta a la corriente histórica, correspondientemente a la transformación de los estilos de valor de las épocas y sin perjuicio de la identidad del principio mismo de la medida». (1956, p. 237); por ello, «en *Hegel* la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad». (JAKOBS, 1997, p. 23).

§ 218. [...]

Obs. [...]. Puesto que el delito, *en sí* una lesión infinita, en cuanto es una *existencia* tiene que ser medido según diferencias cualitativas y cuantitativas (§ 96), y esa existencia está ahora determinada esencialmente como la *representación y conciencia de la validez de las leyes, la peligrosidad para la sociedad civil* resulta ser una determinación de su magnitud o también *una* de sus determinaciones cualitativas. Esta cualidad o magnitud varía según la *situación* de la sociedad civil, y en ella radica el derecho de castigar el robo de un nabo o unos pocos centavos con la pena de muerte, o dar una pena más leve a un robo de cien o mil veces más valor. El punto de vista de la peligrosidad para la sociedad civil, que parece agravar



el delito, es por el contrario lo que más ha contribuido a disminuir su castigo. Un código penal pertenece por eso esencialmente a su época y a la situación que en ella la sociedad civil. (HEGEL, 1999, p. 340).

Las propuestas de ambos filósofos alemanes —KANT y HEGEL— sobre la pena y el marco punitivo de la retribución, en la cual, el primero proponía la aplicación de la ley de talión, y el segundo, sugería la idea de la equivalencia valorativa delito-pena, significó en su época, una crítica sólida y profunda contra las teorías relativas que predominaban en ese momento, donde la intimidación y la corrección de los delincuentes no se encontraban sujetos a límites, degenerando en sanciones inhumanas, degradantes y arbitrarias.

El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológicosocial, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe “corresponder” a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena [...] y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables. (ROXIN, 1997, p. 84).



Como nota aparte. Con el tiempo se ha llegado a asumir de manera generalizada que las propuestas teórico-penales elaboradas por KANT y HEGEL son posiciones sumamente rígidas, razón por la cual, se las ha llegado a identificar como teorías puras. No obstante, aquella consideración sobre ambos filósofos alemanes, dista mucho de lo que en su oportunidad llegara a advertir Armin KAUFMANN, al percatarse que, ambas teorías, no son del todo puras y rígidas como se dice.

Sobre el particular, precisa Armin KAUFMANN:

Tampoco entre los filósofos encuentro la posición descrita como “retribución pura”. Al menos no la encuentro en Kant ni en Hegel, a quienes se cita siempre en dicho sentido. Por lo que se refiere a Kant, en sus *Principios metafísicos de la teoría del derecho* (1797), no sostiene en modo alguno la tesis de que *toda* infracción de la ley pública deba conllevar una pena pública por virtud del imperativo categórico. Al contrario, considera expresamente *no punibles* la infidelidad y el simple fraude. Kant permite incluso, dentro de un margen muy reducido, el ejercicio de la gracia, añadiendo expresivamente: excepto “cuando la impunidad pudiera hacer surgir peligro para el pueblo en orden a su seguridad”.

Tampoco en Hegel la pena constituye en modo alguno una necesidad dialéctica derivada de la infracción culpable de la norma; así, lo que Hegel llama “injusto ligero”, que incluye la imprudencia, debe quedar, a su juicio, libre de pena. (2013, p. 32).



c) Reparación, Expiación y Arrepentimiento.

Es ampliamente reconocido en el ámbito de la doctrina penal que las formulaciones sobre la pena elaboradas por los filósofos del idealismo alemán —KANT y HEGEL— son asumidas, con carácter general, como las más representativas dentro del ámbito de las teorías absolutas de la pena; empero, ello no obsta a que también resulte posible reconocer al interior de éstas, otras propuestas teóricas vinculadas específicamente a las ideas de reparación, expiación y arrepentimiento.

Como acabamos de indicar, dentro de las teorías absolutas de la pena se observan variaciones en cuanto al entendimiento de la misma, variaciones que sin desnaturalizar sus contenidos fundamentales, llegan a concebir la retribución como reparación, expiación y arrepentimiento.

Siguiendo lo señalado por Karl BINDING, tenemos que las teorías absolutas de la pena eran concebidas, con carácter excluyente, en un doble sentido: (i) como reparación o (ii) como pura retribución. En cuanto al primero de ellos, el delito era entendido como un mal que debía ser curado, que podía repararse, constituyendo la pena el único medio para alcanzar dicha reparación. Y, en cuanto al segundo, el delito representaba un mal definitivo e irreparable, en el cual, la pena era una forma ineludible de retribución. (SOLER, 1992, p. 373).

Es en el estricto ámbito de la reparación donde pueden apreciarse ciertas particularidades que suelen frecuentemente entremezclarse. Por un lado, se observa que la idea de reparación se emplea de modo equivalente a la idea de expiación y, por otro, se percibe que la idea de expiación llega a presentar una doble dimensión



y contenido, situación que permitiría distinguir: (i) una dimensión moral y (ii) una dimensión jurídica.

Aquella equivalencia terminológica —y de contenido— entre las ideas de reparación y expiación, es desarrollada por Sebastián SOLER, quien partiendo del pensamiento de KOHLER —autor que entendía la pena como reparación—, precisa que la pena llevaba implícita un dolor, que hacía expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen; posición en la cual, no se identificaba el mal en el acto exterior, sino que se la hacía recaer en la voluntad determinada por motivos inmorales. En esa línea, en cuanto a la pena entendida como reparación, Sebastián SOLER apuntaba lo siguiente: «[...], puede tomarse como ejemplo el pensamiento de Kohler, para quien el dolor que la pena representa hace expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen, de manera que destruye la verdadera fuente del mal. Estas doctrinas no ven el mal del delito en el hecho exterior, sino en la voluntad determinada por motivos inmorales. Por eso, la pena es una necesidad, para llevar por el sufrimiento, a la moralidad, que es voluntad divina (Kitz)». (1992, p. 373). Por tanto, como resulta manifiesto, la idea de reparación es equivalente y es entendida como expiación del delincuente.

Situándonos específicamente dentro de la (i) dimensión moral, se aprecia que la pena —como reparación o expiación—, recae y destruye la voluntad inmoral del agente del delito —voluntad inmoral que hizo nacer el crimen y que constituye la verdadera fuente del mal—. En este contexto, la propia idea de expiación nos conduce a pensar que el autor del delito llega a interiorizar la pena como justa retribución de su culpabilidad, que acepta moralmente su comportamiento delictivo,



que se purifica y recobra en virtud de la expiación su integridad humana y social —aunque esto último en la realidad sucede muy raras veces, dado que constituye un acto autónomo personalísimo que no puede ser impuesto por la fuerza— (ROXIN, 1997, p. 85; en el mismo sentido JESCHECK Y WEIGEND, 2014, p. 100).

Indicamos que al lado de la dimensión moral, encontramos dentro de las teorías de la reparación o expiación, (ii) la dimensión jurídica, que, en palabras de Johannes WESSELS, Werner BEULKE y Helmut SATZGER esta particular teoría de la expiación «[...] se basa en la idea de que el autor se reconcilia con el ordenamiento jurídico respecto al hecho cometido en el pasado». Subrayando que, a la dimensión jurídica «[...] se le critica que mientras la expiación —en sentido moral— requiere un acto voluntario, la pena constituye un mal impuesto coactivamente». (2018, p. 10).

Hemos observado, por un lado, que dentro de estos planteamientos sobre la pena, la idea de reparación viene asociada indisolublemente con las manifestaciones de expiación por parte del agente del delito —rectius: purificación de la voluntad inmoral del agente delictivo por medio de la pena—. Asimismo, apreciamos que la imposición de la pena estatal comportaba una reconciliación entre el sujeto delincuente y el ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que, es a través del mal de la pena —y solo a través de ella— que la expiación-purificación de la voluntad inmoral del agente del delito o la reconciliación con el ordenamiento jurídico por el hecho cometido en el pasado, serán realizables y alcanzables.

Advertimos también que, por medio de la pena, se buscaba generar el arrepentimiento del agente del delito —en virtud de la expiación—, cuando



conforme nuestra experiencia, el fenómeno expiatorio es de carácter estrictamente personal y moral, puesto que depende exclusivamente de la propia persona —pues se desarrolla en su ámbito interno—; y, en ese sentido, la manifestación expiatoria por medio de la pena, no se encuentra supeditada a la voluntad de tercero —como es el caso del Estado—.

Para concluir este punto, nos adherimos a lo expresado por Claus ROXIN, quien sobre la teoría de la expiación refiere:

[...], con la “expiación” se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude. (1997, p. 85).

2.2.2. Teorías relativas.

Las teorías relativas de la pena son también denominadas «teorías de la prevención». Esta postura sostiene que el único modo de justificar la pena es dotándola de utilidad social.



Así, dicha utilidad social es entendida en el sentido de que la pena debe servir para evitar que se cometan delitos en el futuro (*punitur ut ne peccetur*), sea incidiendo sobre el sujeto que ya ha delinquido (prevención especial) o, sea proyectándose sobre toda la colectividad (prevención general).⁴⁰

Por ello, es que se señala con razón que «[l]as **teorías relativas de la pena** adoptan una posición absolutamente contraria a las absolutas. De acuerdo con aquéllas la pena no está destinada a la realización de la justicia sobre la tierra, sino que sirve exclusivamente para la protección de la sociedad. La pena no es un fin en sí mismo, sino que es tan sólo un medio cuya finalidad es evitar acciones punibles futuras (“*poena relata ad effectum*”)). (JESCHECK Y WEIGEND, 2014, p. 106).

Sobre las teorías relativas, desde una perspectiva panorámica, llegan a sostener Paul BOCKELMANN Y Klaus VOLK:

Las teorías relativas defienden la siguiente tesis: *poena relata est ad effectum, punitur ne peccetur*. La pena debe ser prevención, profilaxis contra la criminalidad futura: sea como prevención especial, vale decir, como la protección de aquel que se tornó delincuente frente a la reincidencia a través de la custodia (de seguridad) duradera del delincuente incorregible y de la resocialización del delincuente corregible; sea como prevención general, vale decir, según el planteamiento “clásico”, como la intimidación de supuestos criminales, a quienes la amenaza punitiva —cuya seriedad es

⁴⁰ Conforme sostienen Johannes WESSELS, Werner BEULKE y Helmut SATZGER, en las teorías relativas «la pena solo debe actuar de forma **preventiva**. El acto de penar está referido a la tarea de evitación de futuros delitos (lat. *relatus*: referido a). Aquí se distingue entre dos objetivos: los efectos preventivos en relación con la comunidad (denominada **prevención general**) y en relación con el autor mismo (denominada **prevención especial**)». (2018, p. 10).



reafirmada por la condena y por su ejecución— “intimidaría”, haciéndoles desistir de su decisión de cometer el hecho punible (prevención general “negativa”); y, según la concepción moderna, como el aseguramiento de la validez de normas esenciales (prevención general “especial”).⁴¹ El efecto represivo de la pena tan solo tiene relevancia siempre que ella sea un medio de prevención. (2020, pp. 34-35).

En tal sentido, «[s]i las teorías absolutas se caracterizaban por fundamentar la pena en el delito cometido, las teorías relativas aspiran a más, a que su amenaza e imposición sirvan para *evitar el delito en el futuro*. El Derecho penal no puede conformarse con compensar el mal pasado». (CUELLO, 2002, p. 87). Por ello, mientras que «[l]a retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención al futuro, a evitar que se vuelva a delinquir». (MUÑOZ Y GARCÍA, 2010, p. 49; en el mismo sentido MIR, 2016, p. 88; JESCHECK Y WEIGEND, 2014, pp. 98-99).

Cuando abordamos lo correspondiente a las teorías absolutas de la pena, indicamos que estas formulaciones teórico-penales basadas en la (retribución) surgieron como señal de crítica y oposición a las teorías relativas que predominaban en dicha época—intimidación y corrección—, donde las penas impuestas a los condenados consistían en sanciones inhumanas y degradantes, con las que se buscaba proyectar y afirmar ante la sociedad la imagen de un Estado fuerte. Esto trajo consigo el surgimiento de un descontrolado terror penal en perjuicio de los ciudadanos. Por tanto, cuando los representantes de las teorías absolutas

⁴¹ Cuando los autores Paul BOCKELMANN Y Klaus VOLK utilizan la expresión «prevención general “especial”», con ella hacen referencia a lo que de manera generalizada en la doctrina penal se conoce como prevención general (positiva).



cuestionaban esos específicos modos de entender la pena —y sus respectivas prácticas arbitrarias sobre la sociedad y los individuos—, aquellos lo hacían en el contexto de los Estados totalitarios de su época.

Con la llegada de la Ilustración, las teorías relativas encuentran en la prevención especial la razón de ser de las penas a imponer y ejecutar, fórmula que tenía como eje a la persona humana.

Dentro de las teorías relativas de la pena, encontramos dos dimensiones ampliamente conocidas: (i) la prevención general, que opera sobre todos los miembros de la sociedad y (ii) la prevención especial, que incide sobre el autor del delito.

Por lo tanto, en las líneas que siguen, nos ocuparemos de las diversas vertientes que ambos tipos de prevención ofrecen.

2.2.2.1. *Prevención general (negativa).*

La primera idea que se asocia a la teoría de la prevención general (negativa), es aquella que señala que la pena tiene como finalidad la prevención de delitos, y la forma de alcanzar esa prevención se da cuando se sanciona al delincuente. Conforme esta noción, el castigo del delincuente sirve de escarmiento a las demás personas para que eviten cometer delitos; así pues, como indica Felix ARAÚJO NETO, lo que se intenta es alcanzar que «[...] las personas se sientan intimidadas a través del sufrimiento del delincuente, provocado por su aplicación», al emplearse la pena



como «un instrumento de intimidación colectiva». (en: OLMEDO Y ARAÚJO, 2007, p. 93).

La idea de prevención de delitos fundada en el escarmiento y dirigida a la generalidad por medio del concreto castigo del delincuente, en su momento, fue la forma de entender la función de la pena en los Estados Absolutos, donde la prevención general (negativa) descansaba fundamentalmente en el momento de la ejecución de la pena. Así pues, en el Antiguo Régimen, la prevención general (negativa) alcanzaba su finalidad a través de la «ejemplaridad de la **ejecución** —a menudo brutal— de la pena». (MIR, 2016, p. 88).

Tal fue así que, en aquella época, como refiere Jacobo BARJA DE QUIROGA, «[n]o bastaba con el castigo del delincuente, era preciso que la sanción fuera pública y conocida por los miembros de la sociedad. El castigo tenía lugar en la plaza pública (pena de muerte) o a la entrada de los pueblos o en los lugares más transitados (la picota)». (2018, p. 110).

Si bien lo anotado responde a una noción primigenia de lo que en su momento se entendía por prevención general (negativa), lo cierto es que con el transcurso del tiempo, se ha establecido y aceptado ampliamente que la prevención general (negativa) consiste en que la pena —aquella que se encuentra prevista en la ley—, no se presenta ya como un instrumento de escarmiento, sino como un medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad. (MIR, 2003, p. 53).

En ese sentido, cuando se hace alusión a la prevención general (negativa), por lo general, se suele asociar a la pena la idea de intimidación —intimidación que se dirige contra la generalidad de los ciudadanos a través de la ley penal—, esto,



precisamente, para que se alejen y eviten la realización de delitos. Lo anotado viene a constituir la versión más ampliamente aceptada por la doctrina mayoritaria, conocida como prevención general (negativa), en sentido moderno.

El principal representante de esta corriente preventiva general (negativa) fue Paul Johann Anselm Ritter VON FEUERBACH, quien es considerado el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán —se suele decir, también, del Derecho penal moderno—.

Sobre el particular, tenemos que la construcción teórica de la pena de FEUERBACH parte de entender que el Derecho penal (derecho criminal, ciencia del derecho penal, derecho punitivo) es la ciencia de los derechos que tiene el Estado, los cuales se encuentran reconocidos en las leyes penales. En este planteamiento teórico, debemos de resaltar que los súbditos se presentan como posibles infractores de estos derechos estatales. (FEUERBACH, 1989, p. 47).

Se señala que, un Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente, la cual se encuentra sometida a una voluntad común. Así, el principal objetivo de todo Estado es la creación de la *condición jurídica*, esto es, la existencia conjunta de las personas conforme las leyes del Derecho. (FEUERBACH, 1989, p. 58).

Al entenderse que toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo principal del Estado, se asume que éste tiene el derecho y se encuentra en el deber de hallar institutos a través de los cuales se impidan estas formas de lesión jurídica. Por ello, FEUERBACH llega a sostener que estas instituciones que requiere el Estado deben de ser necesariamente coactivas, operando, en primer lugar, la «*coerción*



física» del Estado, la cual procedería a cancelar las lesiones jurídicas de una doble manera, a saber: (1) Con anterioridad a la lesión, impidiendo que esta se produzca —por medio del otorgamiento de garantías en favor del posible afectado o anulando de forma inmediata el comportamiento delictivo o curso lesivo del agresor— y (2) Con posterioridad a la lesión —obligando al infractor a reparar el daño o reponer el bien—. (1989, pp. 58-59).

No obstante lo señalado, se observa que la «*coerción física*» resulta insuficiente para impedir las lesiones jurídicas, puesto que, ello solo sería posible, únicamente, en situaciones donde exista la certeza o probabilidad de que efectivamente se va a producir la lesión —primer supuesto— o cuando esta ya se produjo —segundo supuesto—.

Siendo este contexto, y dado que es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, aparece en el pensamiento de FEUERBACH el concepto de la «*coacción psicológica*» —expresión que da el nombre a su planteamiento teórico de la pena—.

Se sostiene que junto a la «*coerción física*» debe de existir otro tipo de coerción que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica. Asimismo, al provenir del Estado, esta debe de ser eficaz en cada caso particular, sin que sea necesario conocer con anticipación la producción de un eventual resultado lesivo. Por lo que, una coacción de esta naturaleza solo puede concebirse como una de índole psicológica. (FEUERBACH, 1989, p. 60).

A consideración de FEUERBACH, todas las infracciones tienen una causa psicológica, residiendo esta, en la sensualidad del hombre. Resulta que, es aquella sensualidad o concupiscencia la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción



infractora. No obstante, advierte el mencionado autor que, este impulso sensual puede ser anulado, bajo la condición de que cada persona conozca que cuando cometa un hecho, a este le seguirá ineludiblemente un mal que será mucho mayor a aquel que le produjo el disgusto de no haber realizado la acción que satisfaría su impulso. (1989, p. 60).

En este contexto, será imprescindible que una ley establezca que ese mal será la consecuencia necesaria al hecho cometido (conminatoria legal); asimismo, para que este esquema ideal no solo permanezca en la imaginación de todos, sino, se confirme en la realidad, será indispensable que cuando apenas se produzca la acción infractora, a esta se le deberá infligir el mal que a ella se conecta (ejecución). (FEUERBACH, 1989, p. 60).

La teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, señala que el objetivo de la conminatoria penal en la ley, es la intimidación de la ciudadanía en general —intimidación de todos—, al considerarlos posibles infractores causantes de lesiones jurídicas. Del mismo modo, se indica que el objetivo de su aplicación es la de dotar de efectividad a la conminación legal, puesto que, sin su correspondiente ejecución, la amenaza legislativa devendría en ineficaz. (1989, p. 61).

A manera de síntesis. Como pudimos observar, la prevención general, antes de FEUERBACH, «[...] se confiaba sobre todo a la ejemplaridad de la *ejecución* —a menudo brutal— de la pena». Así, «[e]l iniciador de la moderna ciencia penal alemana se fijó, en cambio, en otro momento: en el de la *conminatoria penal* en la ley. Para Feuerbach, en efecto, la pena sirve como *amenaza* dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como “coacción



psicológica” en el momento abstracto de la tipificación legal. La ejecución de la pena sólo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal». (MIR, 2003, p. 53).

Feuerbach derivaba su doctrina de prevención general de la llamada “teoría psicológica de la coacción” desarrollada por él (lingüísticamente correcto: teoría de la coacción psicológica; [...]). Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer “una psíquica” para abstenerse de la comisión del hecho. El manual de Feuerbach contiene en el § 13 un resumen exacto de esta concepción, tanto racionalista como determinista: “Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión. (ROXIN, 1997, p. 90).

De lo anotado, queda claro que, la coacción psicológica fundada en la ley penal, se dirige contra la colectividad, y dentro de esa colectividad, es que esta actúa sobre el potencial delincuente —específicamente, sobre su ámbito interno—.



Según esta formulación, por medio de la pena se busca incidir sobre la psique del potencial delincuente, sobre su ámbito interno —estrictamente personal— y generar en él sensaciones de desagrado o disgusto que le hicieren desistir de una posible decisión criminal.

Esto es así, dado que en el planteamiento de FEUERBACH, se veía el alma del potencial delincuente como un campo de batalla, entre los motivos o impulsos que lo movían al delito y aquellos que hacían que se resistía a ellos. (ROXIN, 1997, p. 90).

Así, para este esquema teórico, la pena actúa como una pulsión que se dirige contra el alma del potencial delincuente, para que perciba que la eventual imposición de la pena a causa de sus actos resultará muchísimo más grave en sus efectos negativos que la momentánea insatisfacción de sus impulsos criminales presentes en su interior. Por ello, se sostenía que aquellas pulsiones dirigidas a la perpetración del crimen podían suprimirse al saberse con toda seguridad que su hecho criminal iba a ser seguido de un mal inevitable; y ese mal, lo representaba la pena.

2.2.2.2. *Prevención general (positiva).*

La teoría de la prevención general (positiva) suele designarse también «teoría preventiva integradora» o «teoría preventiva estabilizadora». (MIR, 2016, p. 89; SILVA, 2012, p. 363).



A diferencia de la prevención general (negativa), en la que la prevención del delito se busca a través de la amenaza penal (intimidación), la prevención general (positiva), entiende que la función de la pena es la de reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito y, asimismo, asegurar la confianza general de los ciudadanos en aquella —en cuanto pauta de orientación social de la conducta—. ⁴²

En ese sentido, tal conforme sostiene Günther JAKOBS, esta teoría «[e]s «prevención general, porque pretende producirse un efecto en *todos* los ciudadanos» y, es positiva, porque no se pretende que este efecto «consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena»». (BARJA, 2018, p. 121).

Este planteamiento dogmático parte de la comprensión de que la pena estatal opera como un mecanismo más dentro de los medios de control social. Por tanto, se entiende que las normas y sanciones jurídicas —en particular, las penales— no actúan aisladamente, pues, junto a estas se encuentra el conjunto de instituciones, normas y sanciones de carácter social. En todas ellas, la imposición de la sanción constituye la reacción frente a aquel comportamiento que es contrario a la norma, y con la que, al propio tiempo, se busca garantizar contrafácticamente el

⁴² Sostiene por su parte, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA que: «La faceta de la **prevención general de convicción social o general**, o prevención general positiva, socialmente integradora o estabilizadora, opera reforzando el respeto y la aceptación de las normas y los valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos. Lo cual, aparte de realizarse por los mecanismos ordinarios de educación y adaptación social, en caso de vulneración grave de las normas sucede con la (re)afirmación de la norma, del orden jurídico y el restablecimiento de su vigencia por medio de la sanción penal, con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano». (2016, p. 15).



mantenimiento de la norma como pauta de conducta.⁴³ Así, de acuerdo con este esquema, si a la infracción de la norma no le sigue una respuesta adecuada, su vigencia queda en entredicho frente a la ciudadanía, con la cual, por un lado, aumenta el peligro de que el comportamiento infractor se repita y generalice en la sociedad, y por otro, se reduzca la confianza en la norma que fue vulnerada por el delito. (PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, pp. 174-175).

Ahora bien, sobre la teoría de la prevención general (positiva) se ha llegado a sostener —tal como lo hizo Armin KAUFMANN—, que el Derecho penal —y con él, la pena— por el solo hecho de existir y funcionar en la vida social, desarrolla tres funciones sobre la colectividad en general, siendo estas: (i) una función informativa, (ii) una función de refuerzo y mantenimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico y (iii) una función de creación y fortalecimiento de una permanente actitud interna fiel al Derecho. En ese sentido, afirma que:

En primer lugar: hace recordar constantemente, y a algunos les enseña por primera vez, lo que está prohibido y lo que hay deber de hacer. Este componente *informativo* de la justicia penal resulta especialmente importante en el ámbito en que los contenidos de las normas no son evidentes por sí mismos, como sucede en los delitos de tráfico. En segundo lugar, refuerza y mantiene la *confianza* en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse. Ya Binding lo expresó —de modo algo patético— como “afirmación de la majestad del derecho”. Por último —y a

⁴³ El carácter contrafáctico de la norma consiste en que «su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que sean incumplidas, más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y la consiguiente sanción confirman su necesidad y vigencia». (MUÑOZ, 1985, p. 23).



ello concedió Welzel particular importancia—, el derecho penal, en la medida que existe y es aplicado, crea y fortalece en la mayoría de los ciudadanos una permanente *actitud interna de fidelidad, al derecho*, una actitud legal. No cabe exigir, en cambio, una actitud moral. (KAUFMANN, 2013, pp. 40-41; MIR, 2016, p. 89; JAÉN, 1999, p. 46).

En ese contexto, por su parte, ROXIN reconoce que son tres los efectos que la pena —en la teoría de la prevención general (positiva)— produce sobre la sociedad, dando cuenta de: (i) el efecto de aprendizaje, (ii) el efecto de confianza y (iii) el efecto de pacificación. En primer lugar, respecto del (i) efecto de aprendizaje, refiere que este se encuentra motivado socialpedagógicamente por medio de la comunicación que se hace a la comunidad respecto de lo que está prohibido o mandado por la ley. En segundo lugar, en cuanto al (ii) efecto de confianza, indica que este se da cuando la población percibe la actividad y el cumplimiento de la justicia penal, ve que el Derecho se aplica y se impone. Y por último, en tercer lugar, en lo concerniente al (iii) efecto de pacificación, entiende que este se genera cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza al haberse sancionado el quebrantamiento de la ley, ante lo cual, se da por solucionado el conflicto con el autor. (ROXIN, 1997, pp. 91-92; ROXIN, 2021, p. 121; MORILLAS, 2016, p. 110; VILLAVICENCIO, 2016, p. 60; ALCÓCER, 2018, p. 37).

Hasta aquí, sintéticamente, observamos que «[f]rente a la prevención general **negativa**, la teoría de la **prevención general positiva** no persigue un efecto disuasorio (negativo) sino un **efecto confirmante** (positivo) en la Sociedad: mediante la imposición de la pena se confirma que la **norma sigue teniendo**



vigencia, esto es, que sigue siendo un **principio rector** constitutivo de la Sociedad y, por ello, hay que acatarla». (POLAINO, 2015, p. 69).

Así pues, para la prevención general (positiva) constituye finalidad de la pena, por un lado, el que mediante su imposición se reafirme y ratifique la vigencia de la norma penal vulnerada por la realización del delito, y por otro, el que se refuerce la confianza general de los miembros de la sociedad en el ordenamiento jurídico y sus instituciones.

a) Günther JAKOBS.

La teoría de la pena de Günther JAKOBS, desde la publicación de su trabajo [*Schuld und Prävention*] en el año 1976 —en el cual desarrolla su primer modelo teórico sobre la pena— ha ido pasando por continuas reformulaciones, las cuales conforme el paso del tiempo, permiten distinguir en la actualidad tres fases evolutivas, siendo estas: (i) la pena como mecanismo simbólico de influencia (psicológica) en los miembros de la sociedad, (ii) la pena como confirmación de la identidad de la sociedad y (iii) la irrupción de lo fáctico en la teoría de la pena: necesidad del dolor penal y el «Derecho penal» del enemigo. (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, pp. 17 y ss.).

Si bien la teoría de la pena de JAKOBS, en su desarrollo dogmático, permite reconocer tres momentos evolutivos, lo cierto es que todas ellas presentan un punto de partida en común, consistente en comprender que: «el Derecho se estructura como sistema de comunicaciones que se ocupa de la función de estabilización de



expectativas normativas, pasando a ser un elemento central de esta perspectiva que las expectativas están protegidas por sanciones». (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 21).

Partiendo de lo anotado. Una expectativa puede entenderse como aquel acontecimiento que una persona espera en determinada situación. Así, esta puede darse en el contexto de la relación del hombre con la naturaleza o en el ámbito de los contactos sociales. Aquello que diferencia a una de otra expectativa, es que la relación entre el hombre y la naturaleza solo será posible en la medida en que esta se oriente según las regularidades que puedan identificarse en el medio, en cambio, en el ámbito de los contactos sociales esta solo será posible si a cada momento no cabe esperar de la otra parte un comportamiento imprevisible, puesto que iniciar un contacto social es una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado por parte de la otra persona, sino aquel conforme la expectativa acorde al momento. (JAKOBS, 1997, p. 9).

En este punto, sobre la base de lo indicado, cabe advertir que aquello que interesa al Derecho son las denominadas «expectativas normativas». Tenemos que, cuando una expectativa es protegida por el Derecho, esta pasa a ser reconocida como expectativa normativa. En tal sentido, una expectativa normativa será todo aquel comportamiento regulado por el Derecho —comportamiento regulado normativamente—.

Esta regulación normativa puede incidir tanto sobre el conjunto de personas —haciendo que mantengan en orden su círculo de organización— como sobre las



instituciones elementales —procurando que funcionen adecuadamente en armonía con las esferas de organización de las personas singulares—. (JAKOBS, 1997, p. 11).

En atención a lo dicho, como vemos, expectativa normativa y norma jurídica son conceptos equivalentes al interior del pensamiento dogmático de JAKOBS, los cuales operan como modelo orientador de los contactos sociales. Esto conduce, lógicamente, a que la sociedad ante determinada norma jurídica, se identifique con ella y espere el comportamiento ya previamente definido en aquella, debido a que «la norma es el compendio de expectativas sociales institucionalizadas de manera oficial mediante un cuidadoso proceso de selección normativa». (CARO Y POLAINO-ORTS en: JAKOBS, 2015, p. 66). Consecuentemente, el Derecho configura normativamente la sociedad, constituyendo así —la que será— su identidad social: «es *el Derecho* lo que configura la estructura de la sociedad». (JAKOBS, 2016, p. 12).

Ahora bien. En lo que respecta al Derecho penal —como sabemos—, la norma jurídica que interesa es la norma jurídico-penal,⁴⁴ aquella que se encuentra vinculada con el delito y la pena.

En el planteamiento dogmático de JAKOBS, el delito es entendido como infracción a la norma —comportamiento que pone en entredicho la vigencia de la norma en cuanto modelo de orientación de la conducta—.

Así pues, para el maestro alemán, la «contradicción a la norma por medio de una conducta es infracción a la norma. Una infracción normativa es, por tanto,

⁴⁴ «Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica». (JAKOBS, 1997, p. 12).



una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación». (JAKOBS, 1997, p. 13).

Como se observa, en JAKOBS, las normas jurídico-penales constituyen piezas claves para conseguir el mantenimiento y estabilización de las relaciones de convivencia entre los hombres —relación interpersonal—. Cuando se produce un hecho delictivo este colisiona con la dirección normativa, lesionando la expectativa previamente trazada por el ordenamiento jurídico. Por ello, se entiende que, el delito se presenta como la más evidente e indeseable amenaza al equilibrio de las relaciones sociales. (ARAÚJO en: OLMEDO Y ARAÚJO, 2007, pp. 103-104).

En esa línea. La realización del delito no queda sin respuesta por parte del Derecho penal, pues la reacción ante la infracción normativa está dada por la pena.

En esta concepción, la imposición de la pena está dirigida a reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, y con ello —al mismo tiempo— reafirmar la identidad normativa de la sociedad. (POLAINO, 2015, p. 70; ZUGALDÍA en: ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010, pp. 189-191; PÉREZ en: PARIONA Y PÉREZ (COORDS.), 2015, p. 40; GARCÍA, 2019, pp. 86, 91-93; ABANTO, 2022, pp. 155, 290).

La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma [...]. Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos



sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma. (JAKOBS, 1997, pp. 8, 14).

Dado que JAKOBS construye su sistema del Derecho penal sobre la base de una comprensión comunicativa, en el que el ámbito de los contactos sociales se encuentran regulados por el Derecho —el Derecho penal como sistema de comunicaciones—, la asunción de este razonamiento conduce necesariamente a reconocer que (i) el delito, aparte de constituir un acto que defrauda una expectativa social, tiene como expresión de sentido (comunica) que el autor con su conducta muestra su disconformidad frente a la norma penal, a lo que (ii) la pena, además consistir en una reafirmación de la vigencia de la norma, tiene como expresión de sentido (comunica) que la norma quebrada por el delito sigue estando vigente, y por tanto, debe ser seguida por los ciudadanos. (POLAINO, 2015, pp. 70-71).

Así, de acuerdo con el planteamiento de JAKOBS, la pena —en el plano de la comunicación— se dirige contra la persona que infringió la norma, aquella que con su delito afirmó una realidad distinta que la sociedad no quiere aceptar como



propia.⁴⁵⁴⁶ Precisamente por ello, se sostiene con razón que, la pena mantiene la identidad social en el plano de la comunicación. (ABANTO, 2022, pp. 155, 291).

La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena.* (JAKOBS, 1997, p. 13).

⁴⁵ Sobre el concepto de «persona» en el pensamiento de JAKOBS, expone Miguel POLAINO NAVARRETE lo siguiente: «La noción funcionalista de persona abandona la **concepción tradicional** de persona en sentido natural, naturalístico, prejurídico u ontológico. Por el contrario, constituye un concepto **eminentemente normativo**, cuya esencia no proviene de una idea individual de la **dignidad humana** sino del reconocimiento social de ciertas **expectativas normativamente protegibles**. Por ello, la noción funcionalista de persona («**persona en Derecho**»: *Rechtsperson*) sólo puede explicarse con referencia a la **norma jurídica**: el sujeto que respeta a los demás sujetos como **personas en Derecho** es aquel que adecua su comportamiento personal, por principio, a la **norma jurídica**, es decir: aquel que principalmente se **orienta por la norma** y, por tanto, aquel que satisface las **expectativas sociales** cumpliendo su **rol personal**.

Para JAKOBS, «**persona** es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso con el Derecho», y por ello, «es persona real aquel cuyo comportamiento resulta **adecuado** a la norma». Se requieren **dos condiciones**: «el comportamiento debe estar **regido** por las **normas** —ningún animal (entendido como parte del medio ambiente) puede ser una persona—, y debe resultar **adecuado** a la norma —ninguna persona asesina—». Si se vulneran estas condiciones, el sujeto no se comporta como **persona** (integrante del sistema social), sino como **individuo** (entorno del sistema): es decir, no es respetuoso con la norma, actuando como naturaleza, como medio ambiente. O lo que es lo mismo: cuando un sujeto infringe una norma (por ejemplo, comete un asesinato), realiza una «**comunicación defectuosa**», y actúa **formalmente como persona, pero substancialmente como individuo**». (POLAINO, 2015, p. 42).

⁴⁶ En cuanto a la nota al pie anterior, es necesario realizar la siguiente precisión. Para JAKOBS, dado que la pena se dirige contra un infractor de la norma, el autor debe seguir siendo considerado como (persona). Si bien la conducta pertenece materialmente a la naturaleza (individuo), una persona —en sentido normativo— no se comporta de modo natural, pues su comportamiento se encuentra regulado por la norma. Así, pese a haber cometido el delito —negado la norma—, esto no eliminaría la cualidad de persona del infractor, debido a que dicha cualidad le sería otorgada por la sociedad —y no por él mismo—, siendo reclamado por ella. Por tanto, continúa siendo considerado persona. (JAKOBS, 2000, pp. 67 y ss.; ABANTO, 2022, pp. 155, 291).



En correlación con lo mencionado, al ubicarse la infracción de la norma y la pena en la esfera del significado —y no en la de las consecuencias externas de la conducta—, no puede considerarse que la misión de la pena consista en la evitación de lesiones a bienes jurídicos, sino, en reafirmar la vigencia de la norma. (JAKOBS, 1997, p. 13; JAKOBS, 2000, pp. 63 y ss.; JAKOBS, 2016, pp. 59 y ss, 71).

JAKOBS no ubica la función de la pena en la motivación de las personas para evitar la lesión de bienes jurídicos, pues le queda claro que, cuando entra en escena, éstos se encuentran ya mermados. De hecho, en diversas circunstancias los bienes jurídicos resultan lesionados sin que el Derecho penal intervenga por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo). Es más, el Derecho penal interviene en muchos casos sin que sea precisa la efectiva lesión del bien jurídico (en la tentativa, por ejemplo). Todo esto pondría en evidencia que a la pena no le asiste la función de mantener preventivamente la incolumidad de los bienes jurídicos. La función que le atañe debe encontrarse en aquello que aún puede reparar con su imposición. Dado que el delito constituye una negación comunicativa de la norma infringida que pone en tela de juicio su vigencia social, a la pena le corresponde la función de devolverle comunicativamente a la norma su vigencia social. (GARCÍA, 2019, p. 92).

Siendo este el panorama general, corresponde ocuparnos en este punto sobre las fases evolutivas de la teoría de la pena en Günther JAKOBS.

La primera fase de la teoría de la pena de JAKOBS —como señaláramos—, inició con la publicación de su estudio [*Schuld und Prävention*] en el año 1976. Esta



primera propuesta, identifica la prevención general (positiva) con el ejercicio en la fidelidad al Derecho, entendiendo que la pena opera como mecanismo simbólico de influencia (psicológica) sobre los miembros de la sociedad. (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 28).

Para JAKOBS, la imposición de la pena busca ejercer sobre el conjunto de los ciudadanos una influencia de contenido psicológico o interno, consistente en el fomento de una actitud de respeto y fidelidad hacia las normas jurídicas (PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 175). Así, la pena no solo impone el «respeto externo a las normas, sino también una actitud interna de adhesión a los valores subyacentes». (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 30). Por ello, se señala que, en esta primera etapa evolutiva, la prevención general (positiva) está asociada a la producción de efectos de psicología social.

Ahora bien. La segunda fase de la teoría de la pena de JAKOBS, se caracteriza principalmente por abandonar los postulados de su primera propuesta teórica. En esta etapa, la prevención general (positiva) no tiene más un contenido psicológico —la pena como generadora de efectos psicológico-sociales en los individuos—. En este segundo estadio asume como fundamento que: la sociedad que castiga al infractor de la norma ha quedado convertida en un sujeto propio con una identidad propia diferente a los ciudadanos, entendiendo que la pena solo tiene sentido para ella. (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 31).

Dentro de esta segunda fase, se sostiene que la pena debe proteger las condiciones de la interacción social, por tanto, esta tiene una función preventiva. En ese sentido, la pena despliega tres funciones, la cual tiene lugar: (i) para ejercitar



en la confianza hacia la norma, (ii) para ejercitar en la fidelidad al Derecho y (iii) para ejercitar en la aceptación de las consecuencias. La primera función —ejercicio en la confianza hacia la norma—, parte de entender de que destinatarios de la norma son todos, no solamente el delincuente, pues nadie puede sustraerse a la interacción social. Esto conduce, necesariamente, a que todos deben de conocer lo que la norma depara ante su infracción, vale decir, todos deben saber lo que de ellas pueden esperar. Por tanto, la primera función, consiste en que mediante la imposición de la pena se reafirma la confianza de todos en la vigencia de la norma. La segunda función —ejercicio en la fidelidad al Derecho—, consiste en que la pena grava el comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda, con carácter general, a considerarlo como una alternativa a no tener en cuenta. Y por último, la tercera función —ejercicio en la aceptación de las consecuencias—, entiende específicamente que mediante la pena se aprende la conexión entre el comportamiento infractor y el deber de asumir los costes que esta representa. En consecuencia, dado que el ejercicio debe tener lugar en relación con todas y cada una de las personas, la función de la pena estatal ha de comprenderse como prevención general mediante ejercicio en el reconocimiento de la norma. (JAKOBS, 1997, p. 18; BARJA, 2018, pp. 122-123).

Como puede apreciarse, en la segunda fase evolutiva, se coloca en primer plano la confianza general en la vigencia de las normas, relegando a un segundo plano el ejercicio en la fidelidad al Derecho y el ejercicio en la aceptación de las consecuencias. Asimismo, conforme este esquema, JAKOBS le va otorgando menor



relevancia al aspecto individual de la infracción, poniendo énfasis en la significación social del hecho delictivo. (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 29).

En suma, en esta segunda etapa, JAKOBS entiende que función de la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, precisando, además que, la pena no solo se trata de un medio para mantener la identidad social, sino que representa el mantenimiento mismo; consecuentemente, la imposición de la pena es la autocomprobación del ordenamiento jurídico en su conjunto, autoconfirmación de la identidad normativa de la sociedad —todo en el plano de la comunicación—.

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse así misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa



autocomprobación. (JAKOBS, 2000, pp. 20-21; en el mismo sentido JAKOBS, 2000a, p. 18; CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 33).

Sobre la base de todo lo mencionado, finalmente, se erige la tercera fase de la teoría de la pena de JAKOBS. Esta última etapa se caracteriza por la irrupción de lo fáctico en la teoría de la pena, dando lugar, por un lado, a la necesidad del dolor penal y, por otro, al llamado «Derecho penal» del enemigo.

El maestro alemán, en su continua búsqueda de una teoría del Derecho penal ajustada a la realidad social y, ante la objeción general de que su propuesta dogmática padece de una notoria abstracción, incorpora en su concepción factores empíricos, generando con ello, un proceso de reorientación de sus planteamientos hasta ese momento dados, otorgando a los efectos cognitivos de la pena una nueva posición sistemática central. (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, pp. 53-54).

El delito, en esta tercera fase, sigue entendiéndose como infracción de la norma, y como tal, una conducta que en el plano de la comunicación defrauda una expectativa y, por ende, contradice la identidad de la sociedad. Asimismo, la pena sigue conservando su sentido de reafirmación de la vigencia de la norma defraudada por el delito, la cual el plano de la comunicación, es expresión de la reafirmación de la identidad social.

Sin embargo, para JAKOBS —el de esta última etapa—, esto no basta, pues para que quede marginado el significado del hecho del delito —la infracción de la norma—, la pena tendría que ejecutarse a través de la violencia, pues con ella se priva al infractor de los medios de la interacción social. Esto tendría que ser así, pues el infractor de la norma no solamente habría expresado algo en el plano



comunicativo (negación de la norma), sino también lo habría configurado en el mundo externo (ha matado, ha lesionado, etcétera). En tal sentido, para dar respuesta adecuada a esto, el Derecho penal tendría que actuar también en los dos planos. (ABANTO, 2022, pp. 156, 291-292).⁴⁷

Hasta aquí, puede observarse que, lo que caracteriza a esta nueva concepción dogmática, en cuanto al delito y la pena, es que las necesidades del mantenimiento de la vigencia real de la norma son satisfechas mediante el dolor penal —su «apoyo cognitivo» o «cimentación cognitiva»—, entendiéndose que esta función es un mecanismo esencial de la pena. Por su parte, en lo que respecta al autor, partiendo de lo previamente señalado, aquellos sujetos que no muestren un «apoyo cognitivo» suficiente —esto es, de quienes no quepa esperar comportamientos conforme a Derecho—, pueden ser postulados como personas, pero no son personas reales, lo que trae como consecuencia el que deban de recibir sanciones de un «Derecho penal del enemigo». (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 55).

Dentro de esta tercera fase de la teoría de la pena de JAKOBS, el dolor penal es entendido como presupuesto para el funcionamiento de la pena. Se trata de un proceso que consiste en infligir un daño al autor del delito, ya que solo de este modo la empresa delictiva será considerada como fracasada. Así, el dolor penal habrá de

⁴⁷ «Un delito desorienta, y puesto que no es sólo un ataque a una norma cualquiera, meramente imaginada, sino una norma que forma parte de la realidad de la sociedad, el efecto de desorientación se produce en una doble dimensión: ataca el carácter vinculante de lo normativo en la medida en que el autor lo considera irrelevante en su caso, y perturba la cimentación cognitiva de la norma vinculante porque el hecho muestra (una vez más) que hay que contar con la producción de quebrantamientos de la norma. Ha de reaccionarse frente a ambas dimensiones: la parte simbólica de la pena, su significado como contradicción, se dirige contra la afirmación de que no se trata de una norma vinculante, y la cimentación cognitiva se mantiene porque el dolor penal transforma de modo final el hecho en una empresa fracasada [...]». (JAKOBS, 2006, p. 12).



determinarse en función de la intensidad de la afectación que sea necesaria en el autor, en el marco de un proceso simbólico de efectos bilaterales: pago y compensación. En tal sentido, el dolor penal infligido solo podrá llegar al monto que deba el infractor por su hecho, vale decir, aquel que compense el «daño intelectual» ocasionado con su conducta. (CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, pp. 56-58).

Finalmente, el denominado «Derecho penal del enemigo», es una construcción dogmática dirigida exclusivamente contra determinados grupos de infractores que se apartan permanentemente del cumplimiento de la norma. En este específico contexto, entiende que la reacción estatal por medio de la pena se ejerce contra imputables peligrosos. El «Derecho penal del enemigo» presenta tres características que lo definen: (i) amplio adelantamiento de la punibilidad, (ii) penas desproporcionadamente altas y (iii) garantías procesales relativizadas o incluso suprimidas. En cuanto al (i) amplio adelantamiento de la punibilidad, no se toma como punto de referencia el hecho cometido —como es habitual—, sino el hecho futuro, esto es, la conducta delictiva que con gran probabilidad se cometerá por parte de estos sujetos peligrosos. En lo referente a las (ii) penas desproporcionadamente altas, esta situación se percibe, principalmente, en la anticipación de la barrera de punición, cuando al determinarse legislativamente la pena, esta no toma en cuenta la reducción punitiva correspondiente a tal efecto. Y respecto de las (iii) garantías procesales relativizadas o incluso suprimidas, acarrea que los sujetos peligrosos no cuenten con ellas o se les prive de algunas de estas. El «Derecho penal del enemigo» constituye una reacción de combate por parte del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos. Así, con este



instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.
(CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, pp. 60-62).

Cabe mencionar que, la calidad de sujetos especialmente peligrosos está dada por la gravedad del tipo de conductas que estos realizan, así por ejemplo: criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, lavado de activos, entre otros.

En conclusión, «[b]ajo la denominación “Derecho penal del enemigo” se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas de un modo eficaz. [...] Podría decirse, en síntesis, que el Derecho penal del enemigo no busca confirmar con la pena la vigencia de la norma defraudada por la conducta de un ciudadano, sino neutralizar a aquellos individuos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (los enemigos)». (GARCÍA, 2019, p. 207).

2.2.2.3. *Prevención especial.*

La teoría de la prevención especial suele denominarse también como «teoría de la prevención individual». Esta teoría considera que la forma de evitar la comisión de nuevos delitos es operando sobre la persona que ya ha delinquido; es decir, la pena ha de actuar sobre el concreto autor del hecho delictivo, evitando que éste vuelva nuevamente a delinquir —previniéndose la reincidencia o reiteración delictiva—.



Observamos que la prevención especial se encuentra siempre vinculada al agente del delito, por lo que, «[l]a pena funciona así de forma individual, con la finalidad de evitar que el mismo vuelva a delinquir. [...]. Se parte de la idea de que la prevención general no ha funcionado y, precisamente, porque la persona ha delinquido. Entonces es preciso actuar individualmente sobre dicha persona para evitar que vuelva a delinquir». (BARJA, 2018, p. 112-113).

Como apreciamos, una particular característica de la prevención especial (que se aplica al propio delincuente), en comparación con la prevención general (que se dirige a la generalidad), es que en esta formulación se entiende que la pena no ha de producir sus efectos concretos en la etapa de la conminatoria o amenaza legal, sino que lo hará específicamente en la fase de imposición y ejecución de la pena. (MIR, 2016, p. 91; VILLAVICENCIO, 2016, p. 62; PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 179). Por tanto, no se trata de una teoría de las normas, sino —en estricto—, de una teoría de la ejecución penal.

Esta construcción dogmática de la pena, conforme expone Günter STRATENWERTH, no es reciente, pues sus orígenes pueden rastrearse razonablemente en la antigüedad.

También los orígenes del pensamiento preventivo-especial se pueden remontar —partiendo de la suposición de que la virtud puede ser enseñada— a sus comienzos griegos. La idea de que la pena —al menos junto con otros elementos— debe servir para corregir al penado está aun más presente en la Escolástica, en gran contraste con la *praxis* medieval del Derecho penal, que perseguía su destrucción física. Es recién con los inicios de la “moderna”



pena privativa de libertad, a fines del siglo XVI, que el principio de la corrección del delincuente alcanza significación práctica. En las teorías de la pena de los siglos XVII y XVIII siempre se habla —como si ello fuera obvio— también del beneficio que la pena tiene para el afectado, en la medida en que, precisamente, lo mejora. Ya se ha mencionado la reacción contra ello del idealismo alemán (*supra*, n.º m. 5). Ésta tuvo como consecuencia que la prevención especial, en cierto modo, tuviera que ser redescubierta por *Franz von Liszt* (1851-1919), en su escrito programático »Der Zweckgedanke im Strafrecht« [“La idea de fin en el Derecho penal”], publicada en 1882. Según la personalidad del autor en cada caso, *v. Liszt* distinguía tres funciones preventivo-especiales de la pena: la intimidación, la corrección y la “inocuidación”. Su programa es objeto de estudio aún en la actualidad. Pero hoy difícilmente se puede poner en duda que ni es justificable en el plano de los principios ni resulta posible llevarlo a la práctica. (2005, pp. 38-39).

Dentro de la teoría de la prevención especial, se sabe con carácter general que la propuesta más influyente fue aquella elaborada por Franz VON LISZT. El mencionado autor desarrolló su pensamiento sobre la pena en su escrito *La idea de fin en el Derecho penal [Der Zweckgedanke im Strafrecht]* —que en realidad se trató de un discurso dado en el rectorado de la Universidad de Marburgo en 1882—. Este famoso escrito es ampliamente conocido como el «Programa de Marburgo», que, en rigor, constituye un proyecto político-criminal.



Lo cierto es que aunque con frecuencia se suele ubicar la propuesta teórico-penal de VON LISZT como una estrictamente preventivo-especial, debemos dar cuenta que el propio autor calificaba su construcción dogmático-penal como una teoría de la unión.

En fin, esta concepción es, si se quiere, una teoría unitaria, si bien difiere fundamentalmente de cuántas hayan pasado por tales en el pasado. Pues descubre la unión posible de elementos aparentemente incompatibles bajo el supuesto de una adición paulatina de pequeñas diferencias cuantitativas. Por tanto habría lugar a llamarla “teoría evolucionista”, si no fuera que ese término suele usarse para denominar una concepción del mundo esencial distinta en cuanto niega el fundamento absoluto de las cosas. (1998, p. 12).

Es por ello que, VON LISZT sostenía que «[l]a pena es prevención por represión; también podríamos decir que es *represión por prevención*». (1998, p. 79).⁴⁸ En tal sentido, la finalidad preventivo-especial —prevención por medio de la represión o represión por medio de la prevención— se alcanzaba en el momento mismo de la ejecución penal. Así, a consideración de VON LISZT, la decisión por una u otra alternativa preventivo-especial (pena) dependería del tipo concreto de delincuente.

⁴⁸ Sobre este punto específico, Jacobo BARJA DE QUIROGA realiza la siguiente precisión conceptual: «En bastantes ocasiones, esta frase de VON LISZT se plasma diciendo que la pena es prevención mediante retribución o, dicho de otra manera, retribución mediante prevención. Sin embargo, la traducción correcta es la que realiza Pérez del Valle, pues, VON LISZT se refiere claramente a la «represión» y no a la «retribución». Concretamente, la famosa frase es: «*Die Strafe ist Prävention durch Repression; oder wie wir ebensogut sagen dürfen: Repression durch Prävention*». [...]. Cuando VON LISZT quiere referirse a la retribución utiliza la palabra «Vergeltung». (2018, p. 114).



En este planteamiento dogmático, la pena solo se encontrará justificada si se asume una finalidad preventiva. Esto quiere decir que, el fin de la pena consiste concretamente en la prevención de delitos —por vía de la prevención o por vía de la represión—, consiguiéndose de esta forma, la protección de bienes jurídicos.

De la mano de esta idea general, aparece en el pensamiento de VON LISZT, el concepto fundamental de la pena-fin o pena final, en atención a las necesidades preventivo-especiales que requiera el particular agente del delito. (MIR, 2016, p. 91; PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 180).

Sobre este aspecto, indicaba VON LISZT:

La pena correcta, vale decir la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en Derecho penal quiere decir observancia de la medida de la pena requerida por la idea del fin. Así como la pena jurídica en su carácter de autolimitación de la potestad punitiva es fruto de la objetivación, llegará a su perfección por el perfeccionamiento de la objetivación. La vinculación total de la potestas puniendi mediante la idea de fin constituye el ideal de la justicia punitiva.

La pena necesaria es la única justa. La pena es medio para un fin. Mas la idea de fin requiere la adaptación del medio al fin y un máximo de economía en su empleo. Tal exigencia rige sobre todo respecto a la pena, pues ella es arma de doble filo: protección de bienes jurídicos mediante lesión de bienes jurídicos. No se concibe peor atentado contra la idea de fin que la profusa aplicación de la pena, que el aniquilamiento de la existencia física, ética socioeconómica de un conciudadano, en que tal destrucción no



sea inexorablemente requerida por la necesidad del orden jurídico. (1998, pp. 56-57).

En esta formulación dogmática, la determinación de la pena correcta o pena justa dependerá necesariamente del tipo concreto de delincuente. Es el tipo de delincuente quien define el tipo de pena que ha de imponerse, pues, la pena impuesta ha de atender y ajustarse a sus necesidades preventivo-especiales. Por tanto, constituirá una pena correcta o pena justa, si esta resulta necesaria para alcanzar los fines de prevención que requiera el concreto agente del delito.

Sobre este aspecto fundamental en el pensamiento de VON LISZT, apuntan Enrique PEÑARANDA RAMOS Y Gonzalo J. BASSO lo siguiente:

Puesto que *la pena no se impone al hecho sino a su autor*, von Liszt consideraba erróneo que su magnitud se determine atendiendo a la clase de delito cometido y no al tipo de delincuente: la pregunta correcta no es, pues, a su juicio, «¿qué pena merecen el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio?», sino «¿qué pena merecen este ladrón, este asesino, este testigo falso, este autor de abusos deshonestos?». Desde este punto de vista, el *merecimiento* y la justicia de la pena solo dependen de su necesidad para una protección eficaz de los bienes jurídicos: la pena correcta (es decir, la justa) sería, en todo caso, la pena necesaria. Y esa necesidad se establece con arreglo a criterios de prevención especial, por su adecuación para producir los efectos de protección de bienes jurídicos que puede lograr en relación con los distintos tipos de autores. (en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 180).



Ahora bien. Sobre la base de lo anotado, el planteamiento dogmático de VON LISZT identifica tres tipos de efectos que produce la pena: (i) corrección, (ii) intimidación e (iii) inocuización.

Esta división de efectos penales, responde a la idea previa de que la pena opera como coacción dirigida contra la voluntad del sujeto delincente —puesto que, en virtud de esa voluntad criminal, el delincente ha lesionado o eliminado bienes jurídicos—. En otras palabras, los tres efectos (corrección, intimidación e inocuización) son manifestaciones de la pena, entendiéndose esta como coacción.

En atención a lo expuesto, la pena (coacción), puede ser de doble naturaleza: (1) motivación o coacción psicológica indirecta, mediata —donde se encuentran incluidos los efectos (i) corrección e (ii) intimidación— o (2) fuerza o coacción directa, inmediata y mecánica —donde se encuentra incluido el efecto (iii) inocuización—.

En primer lugar, en cuanto a la motivación o coacción psicológica indirecta, mediata, se sostiene que la pena, por un lado, provee al autor los motivos idóneos que le faltan para disuadirle e impedir que siga cometiendo delitos y, por otro, se incrementa y fortalece los motivos ya presentes en él. Así, conforme manifiesta VON LISZT, «[I]a pena aparece como una acomodación artificial del autor del delito a la sociedad [...]». (BARJA, 2018, p. 114).

En tal sentido, esa acomodación artificial del delincente a la sociedad se da mediante: (i) la corrección —implantando y fortaleciendo los motivos sociales y altruistas— y (ii) la intimidación —implantando y fortaleciendo los motivos egoístas, coincidentes con los motivos altruistas—.



En segundo lugar, en cuanto a la fuerza o coacción directa, inmediata y mecánica, se sostiene que la pena consiste en el secuestro del autor del delito, mediante: (iii) la inocuización —transitoria o permanente—, sea con la expulsión de la sociedad o con su internamiento, si al delincuente se lo mantiene dentro de la sociedad.

Del mismo modo, VON LISZT reconoce tres tipos concretos de delincuentes o categorías de delincuentes: (i) delincuentes habituales —aún corregibles—, (ii) delincuentes ocasionales —no necesitados de corrección— y (iii) delincuentes habituales —irrecuperables o incorregibles—.

Dado que, para el citado autor, la asignación del efecto que produce la pena depende necesariamente del tipo concreto de delincuente, el resultado de esta operación preventivo-especial queda configurada de la siguiente manera: (i) Corrección para delincuentes habituales —aún corregibles—, (ii) Intimidación para delincuentes ocasionales —no necesitados de corrección— e (iii) Inocuización para delincuentes habituales —irrecuperables o incorregibles—. (VON LISZT, 1998, p. 63; ROXIN, 1997, pp. 85-86; FRISTER, 2016, p. 65; MIR, 2016, p. 92; POLAINO, 2015, pp. 66-67; PARMA Y PARMA, 2017, pp. 621-622; VELÁSQUEZ, 2013, p. 156; GARCÍA, 2019, pp. 87-88; ABANTO, 2022, p. 132; VILLA, 2014, p. 147).

Ahora bien. Sobre la base de lo mencionado, en primer lugar, debemos de dar cuenta de que los efectos de inocuización o neutralización —permanente o transitoria—, eran aplicables a los delincuentes habituales (irrecuperables o incorregibles). Así, en esta categoría de delincuentes se encontraban: pordioseros, vagabundos, prostitutas, alcohólicos, pícaros, gente de filiación social ambigua,



degenerados morales, degenerados físicos, entre otros elementos pertenecientes al vagabundaje criminal. Aquellos eran calificados como el eslabón más importante y más peligroso de esa cadena de síndromes sociales reunidos bajo el nombre común de proletariado; siendo la reincidencia criminal —en virtud de la estadística criminal— lo que jurídicamente los caracterizaba y los catalogaba como delincuentes habituales (irrecuperables o incorregibles). Asimismo, se señalaba que los dominios de esta clase de delincuentes eran, en primer lugar, los delitos contra la propiedad (hurto, robo, extorsión, estafa) y, en segundo lugar, ciertos delitos contra la moral (encubrimiento, incendio, daños, abusos deshonestos violentos, abusos deshonestos perpetrados en menores), vale decir, a juicio de VON LISZT, «infracciones que arraigan en los más fuertes y elementales impulsos humanos»; seres a quienes —a pesar de todo—, no les excluía toda esperanza de retorno a la sociedad. (1998, pp. 60, 65, 66, 69, 70, 71).

En segundo lugar, tenemos que el efecto de corrección, era aplicable a los delincuentes habituales (aún corregibles). Se señalaba que estos individuos se encontraban necesitados de corrección debido a su disposición congénita o debido al hábito adquirido de propensión al crimen y, por ello, aún no irremediamente perdidos. La medida de corrección consistía en la implantación o fortalecimiento de motivos sociales altruistas o prosociales por medio de la ejecución de la pena. En tal sentido, estos principiantes en la carrera del crimen podían salvarse, siempre y cuando sean sometidos a una disciplina seria y continua. (VON LISZT, 1998, pp. 60, 71, 72).



Por último, en tercer lugar, el efecto de intimidación incidía sobre los delincuentes ocasionales —no necesitados de corrección—. Sobre esta categoría de delincuente se decía que, para ellos, el delito era un episodio desafortunado atribuible a circunstancias exteriores, en el cual el peligro de reiteración delictiva —reincidencia— era mínimo, por lo cual, una medida de corrección sistemática carecería sentido. En esa línea, la medida debería de consistir en la intimidación, entendida como exhortación drástica o escarmiento del impulso egoísta del delincuente (VON LISZT, 1998, p. 74); en síntesis, «[...] que la ejecución de la pena debe servir como intimidación, advertencia o recordatorio dirigido a restablecer la norma violada, en la medida en que lo requieran los impulsos egoístas del delincuente a quien se pretende apartar de la tentación de reincidir. (PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 181).

2.2.3. Teorías mixtas.

Las teorías mixtas suelen denominarse también «teorías de la unión», «teorías de la unificación» o «teorías eclécticas». Estas combinan los postulados de las teorías absolutas (justicia) y relativas (utilidad) en una sola teoría unificadora.

En este planteamiento dogmático, se procura «justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo». (BACIGALUPO, 1999, p. 37). En ese entender, para las teorías mixtas, la pena será considerada legítima cuando sea, a la vez, justa y útil.



Por ello, las teorías mixtas de la pena toman de las teorías absolutas los conceptos de culpabilidad y proporcionalidad al momento de reprimir (llegando a la justicia) y, a su vez, toman de las teorías relativas lo referente a la prevención de delitos (llegando a la utilidad). (VILLAVICENCIO, 2016, p. 65).

Como ha podido observarse, la pena constituye un fenómeno complejo que no puede ser abordado de manera conveniente desde una sola formulación teórica —sea absoluta o relativa—. El surgimiento de las teorías mixtas representa la oposición a la idea de que la función de la pena puede ser comprendida única y exclusivamente como: (i) realización de la justicia, (ii) protección de la sociedad por medio de la amenaza penal dirigida a la colectividad o (iii) protección de la sociedad evitando la reiteración delictiva (reincidencia).

Mencionamos que las teorías mixtas asumen como suyos los postulados provenientes de las teorías absolutas y relativas de la pena, conformando una sola teoría unificadora. No obstante ello, al interior de esta propuesta teórico-penal, se reconocen dos grandes posiciones: (i) un modelo «conservador» y (ii) un modelo «menos conservador» o «progresista».

Esta división entre modelo «conservador» y modelo «menos conservador» o «progresista», radica en la importancia y posición preponderante que se conceda a las exigencias absolutas de justicia (retribución) o a los componentes de utilidad social (prevención).

El modelo «conservador» o posición «conservadora» tiene su origen en el Proyecto Oficial de Código Penal alemán de 1962 [*Entwurf eines StGB*]. Este



constituyó la propuesta legislativa gubernamental presentada en el marco de la reforma penal de la República Federal de Alemania.

En el modelo «conservador» se otorga prevalencia al fin retributivo de la pena sobre la finalidad preventiva, ante lo cual, esta última desempeña un papel complementario dentro del marco de la retribución. (MIR, 2016, p. 95). En este esquema, la utilidad de la pena será legítima siempre y cuando no exceda ni disminuya el marco de la pena justa. (BACIGALUPO, 1999, p. 37).

Sobre este fundamental aspecto, comenta Santiago MIR PUIG:

45. Resulta expresivo el siguiente fragmento del Proyecto Oficial de StGB de 1962: «... el Proyecto ve el sentido de la pena no sólo en la retribución de la culpabilidad del autor, sino también en la afirmación del orden jurídico. Además, sirve a determinados fines político-criminales, en especial al fin de prevenir futuros delitos». Y a continuación se refiere a la intimidación, a la resocialización y a la inocuización, como medios de prevención. Concluye afirmando: «Todos estos fines se alcanzan en parte, sin más, por medio de la pena. Pero pueden también perseguirse de forma especial en el caso concreto a través de la determinación de la clase y medida de la pena». (2016, p. 95).

Al concederse una posición prevalente al fin retributivo de la pena (justicia), se aprecia que «la retribución fundamentaría y limitaría —en su mínimo y en su máximo— la pena, pero dada su imprecisión, solo permitiría fijar un marco punitivo dentro del cual la pena final exacta a imponer surgiría de la valoración de fines de prevención general y especial (ello se corresponde con la teoría alemana del espacio



de juego o margen de libertad —*Spielraumtheorie*—». (PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, pp. 185-186).

El modelo «menos conservador» o posición «progresista» tiene su origen en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966 [*Alternativ-Entwurf*]. Este sostenía una marcada posición contraria al Proyecto Oficial, oposición que se manifestó en lo referente a la teoría de la pena, la regulación de las sanciones y al ámbito del concepto material de delito. (ROXIN, 1997, p. 122).

El Proyecto Alternativo [*Alternativ-Entwurf*] fue propuesto por un grupo de jóvenes catedráticos, estando este conformado por: BAUMANN, BRAUNECK, HANACK, ARTHUR KAUFMANN, KLUG, LAMPE, LENCKNER, MAIHOFFER, NOLL, ROXIN, SCHMITT, SCHULTZ, STRATENWERTH y STREE.

El modelo «menos conservador» o posición «progresista» establecía como fines de la pena, únicamente, la prevención general y la prevención especial. En este modelo se renuncia totalmente a la idea de retribución, empleándose el principio de culpabilidad solo como límite superior de la pena. (ROXIN, 1997, p. 122).

Estando a lo señalado, el propio Proyecto Alternativo [*Alternativ-Entwurf*] declaraba expresamente que la pena «no es ningún proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres». (MIR, 2016, p. 95; en el mismo sentido SILVA, 2012, p. 6).

Consecuentemente, como sostienen Enrique PEÑARANDA RAMOS y Gonzalo J. BASSO, «la retribución (culpabilidad por el hecho) no fundamentaría la pena, sino



que solo la limitaría en su máximo, pudiendo imponerse ésta, no obstante, por debajo del mismo en función de lo que exijan necesidades de prevención general y especial; en particular, por necesidades de prevención especial, la pena podría establecerse incluso por debajo de lo que exijan consideraciones de retribución o merecimiento por el hecho cometido (ello se corresponde con la teoría alemana de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad —*Schuldüberschreitungsverbot*—). (en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, pp. 185-186; en el mismo sentido MIR, 2016, p. 95).

a) Claus ROXIN.

La teoría de la pena de Claus ROXIN recibe el nombre de «teoría unificadora dialéctica» [*dialektische Vereinigungstheorie*]⁴⁹ (ROXIN, 1976, p. 33); aunque, en el ámbito de la doctrina penal, esta denominación presenta ciertas variaciones como: «teoría dialéctica de la unión» (MIR, 2016; BARJA, 2018; FEIJOO, 2017, p. 218; ZUGALDÍA en: ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010; ARAÚJO en: OLMEDO Y ARAÚJO, 2007; PÉREZ en: PARIONA Y PÉREZ (COORDS.), 2015; GARCÍA, 2019; BRAMONT-ARIAS, 2008), «concepción dialéctica de la pena» (BACIGALUPO, 1999) o «teoría dialéctica de la pena» (PARMA Y PARMA, 2017).

El pensamiento de Claus ROXIN se desarrolló en la década de los años sesenta del siglo pasado dentro de todo un movimiento de reforma de la ciencia penal alemana, el cual se correspondió con el auge del ideal resocializador surgido

⁴⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1973, p. 27.



tanto en Europa como en América del Norte; aquel que provocó lo que se ha venido en denominar como la «despedida de KANT y HEGEL» y la «vuelta a VON LISZT». (PÉREZ en: PARIONA Y PÉREZ (COORDS.), 2015, p. 36).

Como bien advirtió el maestro alemán, la clasificación de las teorías de la pena —tal como se conocen— proporcionan un entendimiento incompleto y parcial, pues solo prestan atención a determinados aspectos del Derecho penal. Así por ejemplo, señala que la teoría preventivo-especial pone la mirada a la fase de ejecución, la retribución a la sentencia y la concepción preventivo-general a la conminación o amenaza penal. Conforme este modo de ver las cosas por parte de cada una de ellas, se desatiende las demás formas de aparición de la potestad penal, pese a que cada una de estas teorías despliega un efecto específico sobre la libertad del individuo. (ROXIN, 1976, p. 20).

Precisamente por ello, con el objetivo de fundamentar su propuesta dogmático-penal, enumera una serie de argumentos en contra de las más tradicionales teorías de la pena: retribución, prevención especial y prevención general.

En ese sentido, respecto de la teoría de la retribución, expone tres razones en contra. La primera razón en contra, consiste en que la idea de retribución presupone en sí misma la necesidad de pena, puesto que, el sentido de la retribución radica en la compensación de la culpabilidad. Al asumirse este razonamiento, advierte que este nos conduciría a afirmar que, el Estado tiene la tarea de retribuir por medio de la pena todo comportamiento culpable, lo cual resulta claramente insostenible. Conforme lo señalado, la teoría de la retribución no explicaría cuándo



se tiene que penar, sino, solamente, refiere que si se impone una pena, esta ha de retribuir el delito cometido. En tal sentido, queda sin resolverse la decisiva cuestión vinculada a bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autorizaría al Estado a castigar con pena aquellos comportamientos culpables, situación que conduce a que este planteamiento teórico fracase al momento de trazar un límite a la potestad penal estatal. La segunda razón en contra, parte del supuesto en el que, aún aceptándose la facultad estatal de penar toda forma de conducta culpable —es decir, justificar la sanción penal mediante la compensación de la culpabilidad—, esta seguiría siendo insatisfactoria, debido a que la culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (libre albedrío), la cual resulta ser indemostrable. Por último, la tercera razón en contra, consiste en que la idea de la retribución compensadora solo puede asumirse mediante un acto de fe, puesto que, no se puede admitir racionalmente cómo es que se puede borrar un mal cometido sumando un segundo mal —el mal de la pena—. (ROXIN, 1976, pp. 12-15).

En cuanto a la teoría de la prevención especial plantea tres objeciones en contra. La primera objeción, consiste en que esta teoría no ofrece una firme delimitación material al *ius puniendi* estatal, pues, para la prevención especial, todos necesitamos —de alguna manera— ser corregidos. El entender la potestad penal estatal de manera tan amplia resulta ser bastante peligrosa, pese a que el tratamiento terapeutico-social solamente ha de recaer sobre los inadaptados en extrema medida a la sociedad. Como ejemplo de lo indicado, puede darse el caso de que en determinado régimen de poder resulte ser posible el someter a tratamiento penal a quienes sean considerados enemigos políticos, al catalogárseles como inadaptados sociales; o, incluso, si se pusiera la vista solo en los denominados



asociales —en sentido tradicional—, como son los mendigos, prostitutas, vagabundos, vagos y otras personas indeseables, posibilitaría tratar a todo este grupo de personas como criminales, sometiéndolos —consecuentemente— al poder penal. Señala también que, la prevención especial, tampoco proporcionaría una delimitación temporal a la intervención estatal a través de penas fijas, pues, el Estado habrá de someter a tratamiento al delincuente hasta que se consiga su definitiva corrección, lo que conllevaría a que su duración, incluso, llegara a ser indefinida. La segunda objeción en contra de la prevención especial radica en que, aún en el caso de los delitos más graves no tendría que imponerse la pena si no existe peligro de repetición —reincidencia o reiteración delictiva—. Como ejemplo, se tiene el caso de los asesinos de los campos de concentración, los cuales vivieron en su mayoría de manera discreta e integrados a la sociedad, no necesitando de ninguna «resocialización»; asimismo, al no existir en ellos peligro de repetición, tampoco sería necesario aplicar en su contra mecanismos de intimidación o aseguramiento. Esta misma situación también se daría en los casos de graves delitos de sangre, dado que estos actos se debieron a motivos y situaciones irrepetibles. Y, como tercera objeción, se señala que, si bien la idea de corrección es entendida como un fin de la pena, ésta en sí misma, no provee una justificación de ese fin. Sobre este punto en particular se formulan diversas oposiciones, como en el que se cuestiona qué es aquello que legitima a la mayoría de una población a obligar a una minoría a adecuarse a las formas de vida que aquellos estiman correcta, de dónde es que se obtiene el derecho de poder educar y someter a tratamiento a personas adultas en contra de su voluntad o, por qué no pueden vivir del modo que deseen aquellos que lo hacen al margen de la sociedad. A esto último refiere, que, por más



que estas personas sean considerados incómodos o molestos para muchos miembros de la sociedad, esta no es razón para aplicar en contra de ellos penas con marcado carácter discriminante, pues daría lugar a que se reprima violentamente lo distinto o lo discrepante. (ROXIN, 1976, pp. 15-17).

Para finalizar, en lo concerniente a la prevención general plantea tres argumentos en contra. El primer argumento en contra consiste en que la teoría de la prevención general no resuelve la cuestión vinculada a qué comportamientos el Estado tiene la facultad de intimidar —compartiendo este punto débil con las teorías de la retribución y la prevención especial—. Al no quedar claro el ámbito de lo punible, en el caso de la prevención general, este presentaría una tendencia al terror estatal, pues, quien quiere intimidar por medio de la pena, tenderá a reforzar ese efecto sancionando tan duramente como sea posible. El segundo argumento en contra se erige sobre la base de que, en muchos grupos de delitos y delincuentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto intimidatorio de la pena.⁵⁰ Si bien se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales puede ser persuadido por la amenaza penal, este no sería el caso de los delincuentes profesionales o los delincuentes impulsivos ocasionales. En este contexto, la comisión del delito es por el solo hecho de existir una prueba en contra de la eficacia de la amenaza penal (prevención general). Y, para concluir, el tercer argumento en contra se fundamenta en la interrogante vinculada a cómo es que puede justificarse el castigo del individuo no en consideración de él mismo, sino en consideración de los demás.

⁵⁰ Al respecto, Claus ROXIN apunta lo siguiente: «En delitos graves, como delitos contra la vida o la moralidad, la fuerza intimidatoria de las amenazas penales (incluso de la pena de muerte, p. ej.) es especialmente escasa. Las crueles penas de muerte y corporales de los siglos pasados, como imponer el suplicio de la rueda o descuartizar y cortar a hachazos miembros del cuerpo, no han podido disminuir la criminalidad». (1976, p. 18).



Aún asumiendo que la intimidación fuera eficaz, esta no podría ser asumida como justa, debido a que la imposición de un mal en contra de un individuo se realiza para que otros omitan cometer un mal; situación que en su momento fue criticada por KANT por atentar contra la dignidad humana. A todo esto, un ordenamiento jurídico no puede considerar al individuo como un objeto a disposición del poder estatal ni como material humano utilizable, sino conforme su valor como persona, previo al Estado y que debe ser protegido por este, donde no es admisible la instrumentalización del hombre. (ROXIN, 1976, pp. 17-19).

Ante este panorama, y como llega a indicar Claus ROXIN, si bien la teoría unificadora percibió que cada concepción presentaba puntos de vista aprovechables que no debían ser tomados con carácter absoluto, su intento por subsanar estos defectos yuxtaponiendo tres concepciones distintas, tiene por fuerza que fracasar, ya que la simple adición, no solo destruye la lógica interna de dichas teorías, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, convirtiéndola de este modo en un medio de reacción apto para cualquier propósito. En tal sentido, los efectos de cada teoría no se suprimen entre sí, sino que se multiplican, lo cual no es solo teóricamente inaceptable, sino, grave desde el punto de vista del Estado de Derecho. (1976, pp. 19-20).

Ahora bien, en la concepción de Claus ROXIN, el Derecho penal opera sobre el individuo de tres maneras: (i) amenazando (con pena), (ii) imponiendo (penas) y (iii) ejecutando (penas); a lo cual, cada una de estas tres esferas de la actividad estatal necesita de una justificación por separado. Indica, que los distintos estadios de la realización del Derecho penal se estructuran unos sobre otros, dando lugar a



que cada etapa siguiente ha de acoger dentro de sí los principios de la precedente. (1976, p. 20).

Siendo este el contexto, y conforme el esquema señalado, tenemos que la primera fase corresponde a la conminación o amenaza de pena (prevención general). Al respecto, indica que el poder estatal procede del pueblo, por tanto, no le corresponde al Estado la realización de fines divinos o trascendentales de cualquier otro tipo, pues, su función es la de crear y asegurar a sus miembros las condiciones de existencia adecuados para satisfacer sus necesidades vitales. Para el Derecho penal, esto quiere decir que su fin solo se puede derivar del Estado, siendo este, el de garantizar la vida en común de todos los ciudadanos. (ROXIN, 1976, p. 21).

En correspondencia con lo indicado, resulta posible advertir que todo grupo humano identifica —lo que considera— presupuestos indispensables para una existencia en común, los cuales reconoce como condiciones valiosas (vida, integridad corporal, libertad, propiedad, entre otros), denominándolos bienes jurídicos. Al ser finalidad del Derecho penal el garantizar la vida en común de sus miembros, esto significa que este ha de asegurar aquellos bienes jurídicos, sancionando la lesión de estos bajo supuestos específicos. Asimismo, junto a la protección de los bienes jurídicos, surge la necesidad de asegurar el cumplimiento de prestaciones públicas de las que depende el individuo en su relación con el Estado, claro está, solamente si esto resultara necesario. De este modo, mediante esa doble función de protección de bienes jurídicos y aseguramiento de prestaciones públicas necesarias, el Derecho penal lleva a cabo una de las más importantes



funciones del Estado, dado que, estas permiten al ciudadano un libre desarrollo de su personalidad, entendida como presupuesto de una existencia humana digna. Sobre la base de lo expuesto, concluye Claus ROXIN sosteniendo que, lo señalado, genera dos consecuencias muy importantes relacionadas con el *ius puniendi* del Estado. En ese entendido, la primera consecuencia está vinculada con la naturaleza subsidiaria del Derecho penal, la cual origina que solo se podrán penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra prestaciones públicas necesarias —en este caso, únicamente, si fuera imprescindible para mantener en orden la vida comunitaria—. Por ello, donde sean suficientes los medios del Derecho civil o del Derecho público no ha de intervenir el Derecho penal, pues al ser la reacción más enérgica en manos del Estado, solo puede recurrirse a él en último extremo. En cuanto a la segunda consecuencia, indica que esta está relacionada con el hecho de que el legislador no está facultado para castigar conductas inmorales no lesivas de bienes jurídicos. En atención a ello, si bien el Estado tiene la función de salvaguardar el orden externo, este no se encuentra legitimado de ningún modo para poder tutelar moralmente a los ciudadanos; puesto que, en su caso, será la Iglesia quien se habrá de encargar del cuidado y salvación de las almas y la buena conducta moral de sus integrantes. (1976, pp. 21-24).

La segunda fase se encuentra conformada por la imposición y medición de la pena. A juicio de Claus ROXIN, en la etapa de imposición de la pena, propia de la actividad judicial, opera en un primer momento la (prevención general). Al respecto, en la misma línea que FEUERBACH, reconoce que la finalidad de la imposición de la pena es la de dotar de efectividad a la conminación legal, debido a que sin la correspondiente ejecución, la amenaza legal devendría en vana o



ineficaz. A la par, asume también que mediante la imposición de la pena se cumple con otra finalidad, consistente en la protección del ordenamiento jurídico como un todo. Cabe advertir que, dentro de este esquema, señala que la (prevención especial) se encuentra igualmente presente, pues, por un lado, mediante la concreta imposición de la pena se produce el efecto de intimidación contra el delincuente ante una eventual conducta reincidente por parte de aquel, y por otro, se mantiene segura a la sociedad durante el tiempo en que este cumpla con la pena que se le ha impuesto. Precisa además que, el efecto de intimidación en el momento de la sentencia penal (prevención especial) genera un efecto de (prevención general), ya que la declaración de condena contra el delincuente proclama ante los demás la efectiva restricción de su libertad, manifestación que se realiza en interés de la comunidad y no del agente delictivo. (1976, pp. 24-26).

Sin embargo, este punto presenta serios cuestionamientos, debido a que se asume la (prevención general) como fundamento de la fase de imposición de la pena. Conforme se señaló precedentemente, tanto para KANT como para un gran sector de la doctrina, no resulta admisible de ningún modo el que se pretenda justificar la imposición de la pena sobre la base de consideraciones de (prevención general), por tratarse de una concepción que se califica como contraria a la dignidad humana, en la que resulta válido el sacrificio del particular en interés de la colectividad. Esta situación es claramente advertida por el propio Claus ROXIN, quien ante ello, parte de reconocer que el particular no debe ser tratado como un objeto, sino como titular del poder estatal, al cual no puede desnaturalizársele convirtiéndolo en un medio de intimidación. (1976, p. 26).



En este contexto, propone como solución que, «[l]a imposición de la pena estará justificada, si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente, [...]». (ROXIN, 1976, p. 26). Precisamente por ello, considera que una persona no es tratada como un objeto más dentro del Derecho de cosas por el simple hecho de que se le imponen deberes en beneficio de la comunidad, puesto que, esto solamente sucederá si se le juzga según su utilidad para los fines de otros, al obviarse la medida de su persona. En esa comprensión, y como lógica consecuencia, es que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. (ROXIN, 1976, p. 26).

Respecto de este último punto, pese a que con anterioridad declarara que la culpabilidad era inadecuada para fundamentar la potestad penal estatal, en su particular concepción, entiende que esta sirve para limitar el *ius puniendi* del Estado. Esto lo sustenta en los conceptos de dignidad y autonomía de la persona, los cuales presuponen al hombre como un ser capaz de culpabilidad y responsabilidad. Afirma por ello que, el Estado no se encuentra legitimado para extender su potestad penal en virtud de intereses de (prevención general o especial), ya que al actuar de ese modo sobrepasa indebidamente los límites que corresponden a la específica responsabilidad del hombre —pues se impone una pena superior a la merecida conforme su culpabilidad—. En el pensamiento de ROXIN, el concepto de culpabilidad no se encuentra fundado en consideraciones puramente (retributivas), mas bien, se sirve de aquel para restringir el poder del Estado, empleándolo en favor del ciudadano y de su libre desenvolvimiento en la sociedad. En tal sentido, la imposición de la pena en contra del delincuente es justa y legítima, porque como miembro de la comunidad, este tiene que responder por sus actos, siempre que esta



lo sea en la medida de su culpabilidad y para la conservación del orden social. Así las cosas, queda claro en esta concepción que, no se inflige el mal de la pena en virtud de un imperativo categórico (retribución), ni tampoco se utiliza al delincuente como un medio para los fines de la comunidad (prevención), al contrario, la imposición de la pena confirma su posición de ciudadano con iguales derechos y obligaciones que sus semejantes, contexto en que la culpabilidad opera como un límite a la potestad penal estatal y, respecto de la cual, es posible determinar la pena por debajo de la medida adecuada a ella, en atención a los contenidos del principio de subsidiariedad —si en el caso concreto resulta posible restaurar la paz jurídica recurriendo a sanciones menos graves—. (1976, pp. 27-30).

Finalmente, la tercera fase está referida a la ejecución de la pena. Como ha quedado establecido en el planteamiento dogmático de ROXIN, a través de la pena se persiguen fines racionales que posibilitan la vida en común, así, en el caso de la ejecución de la pena, esta se encuentra justificada si es que con ella se busca la reincorporación del delincuente a la sociedad —ejecución resocializadora—; esto es, recuperándolo como miembro apto para la convivencia social y como persona fiel al Derecho, una vez cumplida su condena. No obstante, precisa que ese fin resocializador no tiene carácter absoluto, dado que la autonomía de la persona debe respetarse en todo momento, estando prohibido aplicar tratamientos de manera coactiva que atenten contra su personalidad. En tal sentido, los esfuerzos resocializadores constituyen ofertas que se hacen al delincuente para que este se ayude a sí mismo, pudiendo rechazarlos si no está dispuesto a ello. (1976, p. 31-32).



Precisa por último que, la fase de ejecución de la pena produce efectos de (prevención general), debido a que la privación de la libertad del delincuente es un signo de la efectividad de la conminación penal de la que no se puede prescindir en el caso de delitos graves, pese a que su renuncia fuera más útil a los fines de resocialización. (ROXIN, 1976, p. 32).

Como apreciamos, estos constituyen los fundamentos de la denominada «teoría unificadora dialéctica» [*dialektische Vereinigungstheorie*] de Claus ROXIN, propuesta dogmática en la que se distinguen con claridad las diversas funciones que la pena cumple en el curso de su existencia, dependiendo —claro está— del momento en que esta opera.

En resumen. El primer momento, propio de la instancia legislativa, corresponde a la conminación penal. En este estadio, mediante la amenaza de la pena (prevención general), se busca proteger bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles que posibilitan una existencia y vida social en común de toda la ciudadanía. El segundo momento, correspondiente a la actividad judicial, se circunscribe a la imposición y medición de la pena. A través de la imposición de la pena, en un extremo, se confirma la seriedad de la amenaza legal y se protege al ordenamiento jurídico como un todo (prevención general), y por otro, se produce un efecto intimidatorio contra el delincuente evitando una conducta reincidente, manteniéndose segura a la comunidad durante el tiempo en que este cumpla con la pena que se le ha impuesto (prevención especial), estando estos fines preventivos limitados por la culpabilidad del autor. Por último, el tercer momento, perteneciente al ámbito penitenciario, está conformado por la ejecución de la pena. Con ella se



busca la reincorporación del delincuente a la sociedad, recuperándolo como miembro apto para la convivencia social y como persona fiel al Derecho, una vez haya cumplido su condena. (MIR, 2016, p. 96; BARJA, 2018, pp. 118-120; BACIGALUPO, 1999, p. 38; MUÑOZ Y GARCÍA, 2010, pp. 50-51; MUÑOZ, 2001, p. 74; HASSEMER Y MUÑOZ, 1989, p. 133; FEJOO, 2017, p. 219; JAÉN, 1999, p. 42; BERDUGO en: DEMETRIO Y RODRÍGUEZ (COORDS.), 2016, § 2, párr. 60-69; ZUGALDÍA en: ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010, p. 189; PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 186; PÉREZ en: PARIONA Y PÉREZ (COORDS.), 2015, p. 37; PARMA Y PARMA, 2017, pp. 624-625; FERNÁNDEZ, 2016, pp. 448-449; HURTADO, 2005, p. 40; GARCÍA, 2019, p. 90; VILLAVICENCIO, 2016, pp. 67-68; ABANTO, 2022, pp. 137-139, 263; MONTOYA, 2020, p. 119; BRAMONT-ARIAS, 2008, pp. 104-106; ALCÓCER, 2018, p. 44).

2.2.4. *Excursus. Las teorías de la pena en el Perú.*

La determinación del fin de la pena —*deber ser* de la pena— no ha sido ajena a nuestra realidad nacional.

En el ámbito de nuestra legislación, observamos que la Constitución Política del Estado y el Código Penal acogieron en sus textos algunas de estas propuestas teórico-penales.

Así, en cuanto a nuestra Constitución Política del Estado, específicamente, en su artículo 139° numeral 22), el texto fundamental reconoce como finalidad de la pena —únicamente— la prevención especial (resocializadora).



Este reconocimiento constitucional lo efectúa de la siguiente manera:

Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

La prevención especial (resocializadora) en sede constitucional, entiende que la reeducación se vincula con el proceso de aprendizaje que sigue la persona del condenado al interior del Establecimiento Penitenciario, a través de la cual este adquiere determinadas actitudes que le permitirán —más adelante— desarrollarse en su vida de relación social con normalidad —entiéndase, cuando logre su libertad—. Por su parte, la rehabilitación consiste específicamente en aquel cambio de estatus jurídico que logra el ciudadano al obtener su libertad —se trata de un resultado jurídico—. Y por último, en cuanto a la reincorporación del penado a la sociedad, este descansa en la idea de que, luego del periodo de condena y la obtención de su libertad, el condenado se encuentra en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos en general.⁵¹

Por su parte, nuestro Código Penal, en su Título Preliminar, determina que son finalidades de la pena: la prevención general (negativa), la prevención general (positiva), la retribución y la prevención especial (resocializadora).

⁵¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional: Expediente N° 03252-2017-PHC/TC.



Tanto la prevención general (negativa) como la prevención general (positiva), se encuentran reconocidos —ambos— en el Artículo I del Título Preliminar del Código Penal:

Artículo I.- Finalidad preventiva

Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Lo señalado, encuentra apoyo dogmático en Luis Alberto BRAMONT ARIAS, quien al analizar el citado artículo, da cuenta de que la prevención general no solo ha de conseguirse con el miedo al castigo, sino también poniendo la pena «al servicio del sentimiento jurídico del pueblo». Sostiene que ambos aspectos de la prevención general deben de ser adoptados en el Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho. De esta manera, junto a la prevención general (negativa) debe concurrir también la prevención general (positiva). En tal sentido, esto conduce a que la pena no deba ser utilizada por el Estado como un medio perturbador de la seguridad ciudadana ni como instrumento de políticas autoritarias, las cuales desemboquen en un desconocimiento de la dignidad humana y el derecho de las personas. (en: BRAMONT-ARIAS, 2008, p. 25).

De acuerdo con ello, conforme sostiene Javier VILLA STEIN, «[e]l Derecho penal resulta así siendo un derecho de advertencia en orden a prevenir y evitar, por desvalorada, la realización de las conductas descritas en los tipos penales, con el propósito de hacer viable la vida en común, pues de lo contrario el caos, la violencia intergrupal y la venganza por mano propia en un imperio del más fuerte haría imposible la vida social» (2014, pp. 134-135).



Por su parte, la retribución se encuentra presente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal:

Artículo VII.- Responsabilidad penal

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Al respecto, valgan las siguientes precisiones. Pese a que el legislador peruano en la redacción del presente artículo empleó el término «responsabilidad penal», no cabe duda de que éste con dicha expresión, está haciendo referencia a la «culpabilidad». Como bien observa Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, este cambio terminológico, obedeció al propósito de evitar cualquier vinculación con el fin retributivo (2016, p. 110; en el mismo sentido GARCÍA, 2019, p. 174).

Al margen del intento de querer ocultar —o incluso negar— en el plano del lenguaje, la vinculación de la culpabilidad con la retribución, lo cierto es que, debajo de este principio, subyace un factor retributivo.

Sobre el principio de culpabilidad, en nuestra doctrina penal nacional, se sostiene con razón que, este constituye el fundamento de la pena, precisándose que en dicho ámbito, se analiza —entre otras— la cuestión referida a si procede imponer la pena al autor que ha cometido un hecho típico y antijurídico (VILLAVICENCIO, 2016, p. 110; en el mismo sentido HURTADO, 2005, pp. 601-602; VILLA, 2014, pp. 142-143; BRAMONT en: BRAMONT-ARIAS, 2008, p. 37; ALCÓCER, 2018, pp. 63-64; ROSAS, 2022, p. 124). En ese sentido, tal como sostiene Percy GARCÍA CAVERO: «no



hay manera de sancionar penalmente a una persona en el Perú si no es por medio de la imputación culpable de un injusto penal». (2019, p. 175).

En este punto, cuando sostenemos que bajo el principio de culpabilidad subyace un factor retributivo, debemos dejar en claro que con ello no nos estamos refiriendo a una retribución en sentido clásico —reproche moral—, sino basamos nuestra posición en el entendimiento de que la pena se impone (retribuye) al autor culpable de un hecho antijurídico.

Como bien especifica Jesús-María SILVA SÁNCHEZ —a cuya posición nos adherimos—, cabe tener presente la distinción entre atribución de reproche moral y atribución de injusto culpable, por lo que: «[d]e esta última idea de expresión de reproche moral (en alemán, *Tadel*) debe distinguirse la mera atribución de un injusto —en tanto que hecho jurídicamente desaprobado— a un sujeto responsable. Un reproche en este segundo sentido es inherente a la idea de pena jurídico-estatal». (2018, p. 20).

En atención a lo anotado, si bien no se reconoce expresamente dicha función, consideramos que el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, contiene un factor retributivo.

Finalmente, observamos que la prevención especial (resocializadora) encuentra reconocimiento en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal:

Artículo IX.- Fines de la pena y medidas de seguridad

La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. [...].



Como puede apreciarse de la redacción legal, junto a la prevención especial (resocializadora) se encuentra —nuevamente— la prevención general (negativa) y (positiva).

Cuando da cuenta de que la pena tiene función preventiva, quiere decir que aquella tiene la entidad suficiente para poder evitar a futuro la comisión de delitos, sea en clave de prevención general (negativa) o (positiva). Por otro lado, cuando señala que la pena tiene función protectora, no hace más que dar cuenta de que por medio de esta se protegen bienes jurídicos, evitando su lesión o puesta en peligro.⁵² Y cuando se menciona que la pena tiene función resocializadora, se entiende que luego del periodo de correspondiente a la ejecución penal —régimen penitenciario—, el entonces agente del delito, está en condiciones de reintegrarse a la sociedad.

Ahora bien. En el ámbito jurisprudencial, nuestra Corte Suprema de Justicia de la República como nuestro Tribunal Constitucional, en diferentes pronunciamientos jurisdiccionales sobre el fin de la pena, han interpretado y adoptado diversas propuestas teórico-penales.

En lo que respecta a la Corte Suprema de Justicia reconoce como finalidades de la pena: la retribución [*Recurso de Nulidad N° 820-2000-Tacna; Recurso de Nulidad N° 1302-2014-Lima*], la prevención general (negativa) [*Recurso de Nulidad N° 3004-2012-Cajamarca; Recurso de Nulidad N° 1302-2014-Lima; Recurso de Nulidad N° 598-2015-Pasco*], la prevención general (positiva) [*Recurso*

⁵² Lo señalado se corresponde con lo contenido en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal (principio de lesividad).



de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica; Recurso de Nulidad N° 4665-2009-Lima; Recurso de Nulidad N° 2261-2015-Lima] y la prevención especial (resocializadora) [*Recurso de Nulidad N° 675-2004-Lima; Recurso de Nulidad N° 3496-2015-Lima Sur; Recurso de Nulidad N° 146-2016-Lima; Recurso de Nulidad N° 3437-2009-Callao; Recurso de Nulidad N° 4665-2009-Lima; Recurso de Nulidad N° 1302-2014-Lima; Recurso de Nulidad N° 598-2015-Pasco; Recurso de Nulidad N° 2261-2015-Lima*].

Y en lo correspondiente al Tribunal Constitucional, el máximo interprete de la Constitución, ha reconocido muy ampliamente a la prevención especial (resocializadora) como finalidad de la pena [*Expediente N° 0965-2007-PHC/TC; Expediente N° 00033-2007-PI/TC; Expediente N° 02345-2009-PHC/TC; Expediente N° 010-2002-AI/TC; Expediente N° 05559-2009-PHC/TC; Expediente N° 01575-2007-PHC/TC; Expediente N° 01711-2014-PHC/TC; Expediente N° 00012-2011-PI/TC; Expediente N° 5303-2006-PHC/TC*]; aunque, es posible hallar pronunciamientos que asumen simultáneamente como fin de la pena, tanto la prevención general (negativa) como la prevención especial (resocializadora). [*Expediente N° 803-2003-HC/TC [caso Pedro Felipe Cuba Ramírez o Salvador Mamani Quispe]; Expediente N° 05559-2009-PHC/TC*].

Cabe advertir que, pueden identificarse —asimismo— decisiones en el que el Tribunal Constitucional asume como finalidad de la pena solamente la prevención general (negativa) [*Expediente N° 2798-04-HC/TC [caso Gabriel Orlando Vera Navarrete]*], como otro en que la retribución, la prevención general (negativa) y la prevención especial (resocializadora) son todas estas funciones atribuibles a la



pena estatal [*Expediente N° 0019-2005-PI/TC [caso Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28568 que modifica el artículo 47° del Código Penal]*].



CAPÍTULO III: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.Resultado I

En Derecho penal, todas las teorías de la pena (retribución, prevención general (negativa), prevención general (positiva), prevención especial y mixtas), se corresponden con el modelo metodológico neokantiano.

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:

En nuestro desarrollo temático, dimos cuenta que la irrupción del neokantismo significó para el Derecho penal el paso fundamental para dotar de científicidad la labor jurídica; pues, de la mano del neokantismo, surge la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu —incluyéndose dentro de estas últimas al Derecho—.

Quedó establecido que las ciencias del espíritu desarrollan su actividad científica a través de conceptos y juicios de carácter comprensivo, abarcando ámbitos referidos a lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo, los cuales posibilitan una visión más completa de sus conceptos —la comprensión atiende a un punto de vista que cubre más y llega más lejos a la hora de referirse a su objeto—, esto es, abarcan toda la realidad del objeto de conocimiento. Siguiendo esta línea de entendimiento, las ciencias del espíritu —dimensión comprensiva— abarcan aquellos conceptos y juicios referidos a la realidad humana de la libertad, la cual escapa a lo que es perceptible solamente por los sentidos —propio de las ciencias de la naturaleza—, incluyéndose al sujeto cognoscente. De esta manera, lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo constituyen los tres usos del lenguaje que



se emplean para referirse a los conceptos y juicios de carácter comprensivo —ciencias del espíritu—, vale decir, a todo aquello que corresponda al ámbito de la libertad humana y al propio sujeto cognoscente. (SÁNCHEZ-OSTIZ en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 34). Sintéticamente, tal como sostiene Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: «Es la dimensión comprensiva que sería propia de las ciencias del espíritu. Más precisamente, la comprensión sería propia de aquellos saberes que tienen por objeto la conducta humana desde el punto de vista que le es propio y adecuado: el de la libertad». (en: GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.), 2019, p. 36).

Así, sobre la base de lo indicado queda claro que, todo lo que esté vinculado con la conducta humana (libertad) pertenece a las ciencias del espíritu —dimensión comprensiva—. De igual manera, quedó establecido que la dimensión comprensiva abarca: lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo.

Hasta aquí, cabe reconocer razonablemente lo siguiente:

1. El Derecho penal pertenece a las ciencias del espíritu —dimensión comprensiva—.
2. La dimensión comprensiva abarca: lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo.
3. La actividad dogmática-penal —en cuanto labor científica del Derecho penal— es conducta humana.
4. Conforme lo señalado, la Dogmática penal al constituir conducta humana, comprende en su actividad: lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo.



Ahora bien. En un principio indicamos que en el ámbito del Derecho penal, todas las teorías de la pena (retribución, prevención general (negativa), prevención general (positiva), prevención especial y mixtas) se corresponden con el modelo metodológico neokantiano. Esto quiere decir que, todas estas construcciones dogmático-penales presentan contenidos vinculados con lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo.

En atención a lo indicado, corresponde en este punto, ocuparnos de cada una de las teorías de la pena, para de ese modo, dar cuenta de sus contenidos relacionados con: lo valorativo, lo normativo y lo adscriptivo.

En primer lugar, en lo que corresponde a la retribución, lo valorativo, presenta sus propios matices. Así, en lo que corresponde al planteamiento de KANT, la pena es entendida como un (mal) que se impone al autor por el (mal) del delito cometido. En cambio, en la concepción de HEGEL, la pena consiste en la (negación) del delito, en cuanto el delito es la (negación) del orden jurídico, lo que da lugar dialécticamente a la (afirmación) del Derecho. Lo normativo, de igual manera, presenta sus propias peculiaridades. En KANT, la ley penal es un «imperativo categórico», esto es, «un mandato de la justicia libre de toda consideración final». (JESCHECK Y WEIGEND, 2014, p. 104); ley penal que, asentada en un mandato de justicia, hace que la pena se imponga al delincuente porque ha delinquido (fundamentación ética). Por su parte, en HEGEL, la pena se impone como consecuencia del quebrantamiento del orden jurídico (Derecho) a través del delito (fundamentación jurídica). Y lo adscriptivo, en ambos representantes del retribucionismo, entiende que la pena se impone (atribuye) al autor del delito.



En segundo lugar, en lo correspondiente a la prevención general (negativa) tenemos que, lo valorativo, comprende que la pena es un medio de intimidación. Lo normativo, responde a que la (intimidación) dirigida contra la generalidad de los ciudadanos se realiza a través de la ley penal. Y lo adscriptivo, reconoce que la pena se impone (atribuye) al autor del delito.

En tercer lugar, en lo relativo a la prevención general (positiva) observamos que, lo valorativo, se corresponde con el entendimiento de que la pena es un medio que reafirma y ratifica la vigencia de la norma penal vulnerada por la realización del delito, la que al propio tiempo, refuerza la confianza general de los miembros de la sociedad en el ordenamiento jurídico y sus instituciones. Lo normativo, se expresa en la comprensión de que el Derecho penal en su conjunto —y con éste la pena— se dirige a los ciudadanos: (i) informando de manera general aquello que está prohibido y aquello que debe de hacerse, (ii) reforzando y manteniendo la confianza en el ordenamiento jurídico y (iii) fortaleciendo una actitud de fidelidad al Derecho —esto es, una actitud legal, no moral—. Lo señalado conduce a que en el ámbito normativo se presenten tres efectos: (i) el efecto de aprendizaje, (ii) el efecto de confianza y (iii) el efecto de pacificación. Así, respecto del (i) efecto de aprendizaje, este se encuentra motivado socialpedagógicamente por medio de la comunicación que se hace a la comunidad respecto de lo que está prohibido o mandado por la ley. En cuanto al (ii) efecto de confianza, indica que este se da cuando la población percibe la actividad y el cumplimiento de la justicia penal, ve que el Derecho se aplica y se impone. Y por último, en lo concerniente al (iii) efecto de pacificación, entiende que este se genera cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza al haberse sancionado el quebrantamiento de la ley, ante lo cual, se



da por solucionado el conflicto con el autor. (ROXIN, 1997, pp. 91-92; ROXIN, 2021, p. 121; MORILLAS, 2016, p. 110; VILLAVICENCIO, 2016, p. 60; ALCÓCER, 2018, p. 37). Y lo adscriptivo, radica en que la pena se impone (atribuye) al autor del delito.

Por otra parte, respecto de la teoría de la pena de JAKOBS, observamos que este planteamiento dogmático también se corresponde con el modelo metodológico neokantiano. En tal virtud, lo valorativo, estaría dado por el entendimiento de que la imposición pena tiene como expresión de sentido (comunica) que la norma quebrada por el delito sigue estando vigente, y por tanto, debe ser seguida por los ciudadanos. Lo normativo, se configura cuando se sostiene que la imposición de la pena está dirigida a reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, y con ello —al mismo tiempo— reafirmar la identidad normativa de la sociedad. Y lo adscriptivo, reside en que la pena se impone (atribuye) al autor del delito.

En cuarto lugar, en lo concerniente a la prevención especial, lo valorativo, se constata cuando se entiende que la pena es un medio que ha de actuar sobre el concreto autor del hecho delictivo, evitando que éste vuelva nuevamente a delinquir —previniéndose la reincidencia o reiteración delictiva—. Lo normativo, se verifica cuando se comprende que la ley penal, prevé —específicamente— cuál ha de ser el tipo de pena aplicable a determinado tipo de delincuente. Esto quiere decir que, el tipo de pena ha imponerse dependerá del tipo de delincuente en concreto, estableciéndose en ese sentido: (i) Corrección para delincuentes habituales —aún corregibles—, (ii) Intimidación para delincuentes ocasionales —no necesitados de corrección— e (iii) Inocuidad para delincuentes habituales —irrecuperables o incorregibles—. (VON LISZT, 1998, p. 63; ROXIN, 1997, pp. 85-86; FRISTER, 2016,



p. 65; MIR, 2016, p. 92; POLAINO, 2015, pp. 66-67; PARMA Y PARMA, 2017, pp. 621-622; VELÁSQUEZ, 2013, p. 156; GARCÍA, 2019, pp. 87-88; ABANTO, 2022, p. 132; VILLA, 2014, p. 147). Precisamente por ello, FRANZ VON LISZT señalaba acertadamente que, «[e]l Derecho Penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal» (en: ROXIN, 2002, p. 31). Y lo adscriptivo, reconoce que la pena se impone (atribuye) al autor del delito.

En quinto lugar, en las teorías mixtas de la pena, lo valorativo, reconocen que la pena es un medio con el cual, al mismo tiempo, se reprime (retribución) y previene (protección) el delito. Lo normativo, en atención a lo anterior, presenta dos vertientes: (i) un modelo «conservador», donde se otorga prevalencia al fin retributivo de la pena sobre la finalidad preventiva, en la que esta última solo desempeña un papel complementario dentro del marco de la retribución (MIR, 2016, p. 95), generando que no se exceda ni disminuya el marco de la pena justa (BACIGALUPO, 1999, p. 37) y (ii) un modelo «menos conservador» o posición «progresista», donde se establece como fines de la pena la prevención general y la prevención especial, renunciándose a la idea clásica de retribución, en la cual el principio de culpabilidad solo opera como límite superior de la pena. (ROXIN, 1997, p. 122). Y lo adscriptivo, reconoce que la pena se impone (atribuye) al autor del delito.

Ahora bien. Finalmente, en lo que respecta a la teoría de la pena de ROXIN, apreciamos que esta concepción dogmática también se corresponde con el modelo metodológico neokantiano. Como indicáramos en su oportunidad, en el planteamiento de ROXIN se distinguen con claridad tres momentos en que la pena



opera: (i) un momento legislativo, (ii) un momento judicial y (iii) un momento administrativo-penitenciario. Así, de acuerdo con lo señalado, lo valorativo, dependerá necesariamente de la concreta etapa en que la pena opere. En tal sentido, la pena en el (i) momento legislativo, es entendida como amenaza o intimidación; en el (ii) momento judicial, como mecanismo que confirma la seriedad de la amenaza penal, que protege el ordenamiento jurídico como un todo y que intimida al delincuente ante una eventual conducta reincidente, y; en el (iii) momento administrativo-penitenciario, constituirá un medio para reincorporar al delincuente a la sociedad. Lo normativo, asimismo, también responde a este esquema. El primer momento, propio de la instancia legislativa, corresponde a la conminación penal. En este estadio, mediante la amenaza de la pena (prevención general), se busca proteger bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles que posibilitan una existencia y vida social en común de toda la ciudadanía. El segundo momento, correspondiente a la actividad judicial, se circunscribe a la imposición y medición de la pena. A través de la imposición de la pena, en un extremo, se confirma la seriedad de la amenaza legal y se protege al ordenamiento jurídico como un todo (prevención general), y por otro, se produce un efecto intimidatorio contra el delincuente evitando una conducta reincidente, manteniéndose segura a la comunidad durante el tiempo en que este cumpla con la pena que se le ha impuesto (prevención especial), estando estos fines preventivos limitados por la culpabilidad del autor. Por último, el tercer momento, perteneciente al ámbito penitenciario, está conformado por la ejecución de la pena. Con ella se busca la reincorporación del delincuente a la sociedad, recuperándolo como miembro apto para la convivencia social y como persona fiel al Derecho, una vez haya cumplido su condena. (MIR,



2016, p. 96; BARJA, 2018, pp. 118-120; BACIGALUPO, 1999, p. 38; MUÑOZ Y GARCÍA, 2010, pp. 50-51; MUÑOZ, 2001, p. 74; HASSEMER Y MUÑOZ, 1989, p. 133; FEJOO, 2017, p. 219; JAÉN, 1999, p. 42; BERDUGO en: DEMETRIO Y RODRÍGUEZ (COORDS.), 2016, § 2, párr. 60-69; ZUGALDÍA en: ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010, p. 189; PEÑARANDA Y BASSO en: LASCURAÍN (COORD.), 2019, p. 186; PÉREZ en: PARIONA Y PÉREZ (COORDS.), 2015, p. 37; PARMA Y PARMA, 2017, pp. 624-625; FERNÁNDEZ, 2016, pp. 448-449; HURTADO, 2005, p. 40; GARCÍA, 2019, p. 90; VILLAVICENCIO, 2016, pp. 67-68; ABANTO, 2022, pp. 137-139, 263; MONTOYA, 2020, p. 119; BRAMONT-ARIAS, 2008, pp. 104-106; ALCÓCER, 2018, p. 44). Y lo adscriptivo, reconoce que la pena se impone (atribuye) al autor del delito.

Por todas estas consideraciones, en el ámbito del Derecho penal, todas las teorías de la pena (retribución, prevención general (negativa), prevención general (positiva), prevención especial y mixtas) se corresponden con el modelo metodológico neokantiano.

3.2.Resultado II

La teoría de la pena de Günther JAKOBS responde a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado.

Algunas precisiones sobre lo considerado como resultado:



3.2.1. Estructura vertical: Estado.

Como sabemos, esta concepción dogmática descansa en buena cuenta sobre el concepto de expectativa. Como señaláramos en su momento, una expectativa puede ser entendida como aquel acontecimiento que una persona espera en determinada situación. Así, esta puede darse en el contexto de la relación del hombre con la naturaleza o en el ámbito de los contactos sociales. Lo que diferencia a una de otra expectativa, es que la relación entre el hombre y la naturaleza solo será posible en la medida en que esta se oriente según las regularidades que puedan identificarse en el medio, en cambio, en el ámbito de los contactos sociales esta solo será posible si a cada momento no cabe esperar de la otra parte un comportamiento imprevisible, puesto que iniciar un contacto social es una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado por parte de la otra persona, sino aquel conforme la expectativa acorde al momento. (JAKOBS, 1997, p. 9).

De acuerdo con lo mencionado, cuando una expectativa es protegida por el Derecho, esta pasa a ser reconocida como «expectativa normativa»; consecuentemente, una «expectativa normativa» será todo aquel comportamiento regulado por el Derecho —comportamiento regulado normativamente—.

Como puede observarse, expectativa normativa y norma jurídica se comportan como conceptos equivalentes al interior del pensamiento dogmático de JAKOBS, los cuales operan como modelo orientador de los contactos sociales.

Esto conduce, lógicamente, a que la sociedad ante determinada norma jurídica, se identifique con ella y espere el comportamiento ya previamente definido en aquella, debido a que «la norma es el compendio de expectativas sociales



institucionalizadas de manera oficial mediante un cuidadoso proceso de selección normativa». (CARO Y POLAINO-ORTS en: JAKOBS, 2015, p. 66).

En atención a ello, cabe sostener razonablemente que, el Derecho configura normativamente la sociedad, constituyendo así —la que será— su identidad social: «es *el Derecho* lo que configura la estructura de la sociedad». (JAKOBS, 2016, p. 12).

Lo señalado, en rigor, conduce a reconocer que: es el Estado quien por medio del Derecho configura la estructura normativa de la sociedad, constituyendo —de este modo— su identidad social.

3.2.2. Estructura vertical: Norma jurídica.

En el ámbito del Derecho penal, la norma jurídica que interesa es la norma jurídico-penal, aquella que se encuentra vinculada con el delito y la pena.

En el planteamiento dogmático de JAKOBS, el delito es entendido como infracción a la norma —comportamiento que pone en entredicho la vigencia de la norma en cuanto modelo de orientación de la conducta—.

La realización del delito no queda sin respuesta por parte del Derecho penal, pues la reacción ante la infracción normativa está dada por la pena.

En esta concepción, la imposición de la pena está dirigida a reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, y con ello —al mismo tiempo— reafirmar la identidad normativa de la sociedad. (POLAINO, 2015, p. 70; ZUGALDÍA



en: ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010, pp. 189-191; PÉREZ en: PARIONA Y PÉREZ (COORDS.), 2015, p. 40; GARCÍA, 2019, pp. 86, 91-93; ABANTO, 2022, pp. 155, 290).

Debido a que JAKOBS construye su sistema del Derecho penal sobre la base de una comprensión comunicativa, en el que el ámbito de los contactos sociales se encuentran regulados por el Derecho —el Derecho penal como sistema de comunicaciones—, la asunción de este razonamiento conduce necesariamente a reconocer que (i) el delito, aparte de constituir un acto que defrauda una expectativa social, tiene como expresión de sentido (comunica) que el autor con su conducta muestra su disconformidad frente a la norma penal, a lo que (ii) la pena, además consistir en una reafirmación de la vigencia de la norma, tiene como expresión de sentido (comunica) que la norma quebrada por el delito sigue estando vigente, y por tanto, debe ser seguida por los ciudadanos. (POLAINO, 2015, pp. 70-71).

Consecuentemente, de acuerdo con el planteamiento de JAKOBS, la pena —en el plano de la comunicación— se dirige contra la persona que infringió la norma, aquella que con su delito afirmó una realidad distinta que la sociedad no quiere aceptar como propia, lo cual conduce a reconocer sin complicaciones que, la pena mantiene la identidad social en el plano de la comunicación. (ABANTO, 2022, pp. 155, 291).

La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que



lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena.* (JAKOBS, 1997, p. 13).

Conforme lo mencionado, al ubicarse la infracción de la norma y la pena en la esfera del significado —y no en la de las consecuencias externas de la conducta—, no puede considerarse que la misión de la pena consista en la evitación de lesiones a bienes jurídicos, sino, en reafirmar la vigencia de la norma (JAKOBS, 1997, p. 13; JAKOBS, 2000, pp. 63 y ss.; JAKOBS, 2016, pp. 59 y ss, 71). Hasta aquí, cabe reconocer entonces que, la imposición de la pena se dirige a reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, y con ello —al mismo tiempo— reafirmar la identidad normativa de la sociedad.

En tal contexto, al asumirse que función de la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad a través de la reafirmación de la vigencia de la norma defraudada por el delito, resulta necesario advertir que la pena no solo se trata de un medio para mantener la identidad social, sino que ésta representa el mantenimiento mismo, pues, la imposición de la pena es la autoconfirmación del ordenamiento jurídico en su conjunto, autoconfirmación de la identidad normativa de la sociedad —todo en el plano de la comunicación—.

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba



solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse así misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa autocomprobación. (JAKOBS, 2000, pp. 20-21; JAKOBS, 2000a, p. 18; CANCIO Y FEIJOO en: JAKOBS, 2006, p. 33).

La comprensión de la pena en la línea anotada —entendimiento funcional de la pena—, da cuenta de la autosuficiencia del sistema jurídico, «ya que, desde que con la pena se contrarresta la “realidad” que el infractor de la norma pretende imponer, con ella ya se reafirmaría la “realidad de la norma”, o sea su vigencia». (ABANTO, 2022, pp. 157, 293). Así, tal como anota el propio JAKOBS: «[...] la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin, *scil.* la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios». (2000, p. 70).

De este modo, la teoría de la pena de JAKOBS, se diferencia claramente de las teorías preventivas tradicionales. Estas últimas como sabemos, se encuentran apoyadas en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas, lo que las vuelve tan utópicas e indemostrables como las teorías absolutas (ZUGALDÍA en:



ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ, 2010, p. 192; en el mismo sentido BACIGALUPO, 1999, p. 39; BARJA, 2018, p. 121; ARAÚJO en: OLMEDO Y ARAÚJO, 2007, pp. 100-101; ABANTO, 2022, pp. 158, 293).

Como bien precisa este último punto Enrique BACIGALUPO: «La prevención por medio de la coacción psicológica, tanto como la resocialización son fines que no se pueden verificar como verdaderamente alcanzables y ello determina que “sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos sean metodológicamente atacables”. “Las fundamentaciones referentes a intervenciones en la libertad y en el patrimonio, como las que ocasiona la pena, pierden, en caso de falta de base, no sólo su dignidad científica, sino también su legitimidad práctico-normativa”». (1999, p. 39).

En atención a lo expuesto, la teoría de la pena de JAKOBS no excede los límites de la norma jurídica, pues, la imposición de la pena se circunscribe específicamente a ser reafirmación de la vigencia de la norma defraudada por el delito, y al mismo tiempo ser reafirmación de la identidad normativa de la sociedad, lo que da cuenta de la autosuficiencia del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En esta concepción dogmática, la pena no busca finalidades ni determina funciones que exceden el ámbito de lo normativo, con los cuales el Estado pretenda conseguir resultados en el mundo externo.

La retribución, específicamente KANT, al entender que la pena es un (mal) que se impone al delincuente por el (mal) que ha causado con su delito, precisa necesariamente una cuantificación —de ese (mal)— en el mundo exterior —el mundo de la naturaleza—, pues, siendo consecuente con esta teoría penal, una tal



exigencia de realización de la justicia —en sentido kantiano—, nos conduce a la ineludible necesidad de devolver con la pena igual cantidad de dolor sobre el autor del delito y, para tal efecto, resultaría imprescindible medir la sensibilidad de cada quien (ZAFFARONI, 1998, p. 69), con lo cual resulta evidente que se excede el plano de lo normativo.

Si bien para HEGEL la pena consiste en la (negación) del delito, en tanto que el delito supone la (negación) del orden jurídico, el cuestionamiento que se dirige contra esta línea de pensamiento radica en que su fundamentación responde a una de índole puramente retributiva, lo que la hace incompatible con la concepción moderna de Estado.

Como es sabido, el principal reproche contra la teoría de la retribución reza que dicha teoría aboga por el añadir, carente de sentido y vengativo, un mal —el mal de la pena— a otro mal —el mal del delito—. No hay otro filósofo que haya articulado este reproche de manera más enérgica que SCHOPENHAUER: «toda retribución mediante la acusación de un dolor, sin finalidad cara al futuro, es venganza, y no puede tener otro fin que no sea el de consolarse del sufrimiento que uno mismo padece viendo el sufrimiento ajeno que uno mismo ha causado. Eso es maldad y crueldad y no se puede justificar desde el punto de vista ético». Este ataque frontal a la idea de retribución adquiere mayor importancia mediante una consideración de Filosofía del Estado. La pena es una medida coactiva estatal, pero el Estado se justifica, conforme a la concepción moderna y compartida por KANT, por las *prestaciones* que realiza frente a sus ciudadanos; en palabras de KANT



que ya he citado varias veces, el Estado crea una infraestructura institucional en la que «cada uno puede *disfrutar* de su derecho». Por ello, las fundamentaciones de la pena a partir de la teoría de la retribución solamente son aceptables bajo el presupuesto de que logren adscribir a la pena un sentido *positivo* compatible con esta definición de tareas, sin recurrir al arsenal de las teorías tradicionales de la prevención —intimidación, corrección, inocuización—. KANT no logró realizar tal cometido». (PAWLIK, 2016, pp. 51-52).

En lo correspondiente a la prevención general (negativa), prevención general (positiva), prevención especial (resocializadora) y a las teorías mixtas —específicamente ROXIN—, como se llegó a advertir anteriormente, todas ellas se encuentran apoyadas en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas, lo cual permite catalogarlas —a todas ellas— como utópicas e indemostrables, al igual que las teorías absolutas.

Se suma a ello, el que en todas estas construcciones dogmáticas, la pena tiene finalidades o funciones que exceden el ámbito de lo normativo, por medio de los cuales se pretende hacer que el Estado consiga resultados en el mundo externo, esto es, en el mundo de la naturaleza.

La prevención general (negativa), la prevención general (positiva), la prevención especial (resocializadora) y las teorías mixtas —específicamente ROXIN—, buscan conseguir de los ciudadanos sensaciones que pertenecen al mundo de la naturaleza, estando vinculadas todas ellas con procesos internos que experimenta toda persona.



La prevención general (negativa) busca generar la sensación de temor, amenaza o intimidación a través de la ley penal. Por tanto, la persona ante la ley penal debe sentirse atemorizada, amenazada o intimidada. Observamos de este modo que, la pena excede el plano de lo normativo, pues pretende alcanzar un resultado en el mundo exterior —mundo de la naturaleza—. Al comprenderse que la pena ha de evitar (mediante la intimidación) la comisión del delito, la realización del delito —en este contexto— comprobaría acabadamente que la prevención general (negativa) ha fracasado, pues no impidió su comisión.

La prevención general (positiva) con la pena, busca generar la sensación de seguridad y confianza en el ordenamiento jurídico y sus instituciones. Así, si bien una de sus funciones consiste en la reafirmación y ratificación de la vigencia de la norma penal vulnerada por la realización del delito, juntamente con ella, la pena debe hacer que la persona se sienta segura y confiada. Apreciamos sin dificultad que, la pena excede el plano de lo normativo, dado que busca originar un resultado en el mundo exterior —mundo de la naturaleza—. Admitir como función de la pena el hacer que con su imposición las personas se sientan seguras y confiadas en el ordenamiento jurídico y sus instituciones, obliga a que esta aseveración tenga que comprobarse en el plano de los hechos, pues solo será legítima la imposición de la pena contra el delincuente, si esta efectivamente genera en la realidad esas específicas sensaciones en sus ciudadanos al momento de hacerlo.

La prevención especial (resocializadora) a través de la pena, busca incidir sobre las motivaciones internas del delincuente, esto es, aquellas que lo llevaron a que cometer el delito. Como puede reconocerse, las motivaciones criminales y la



intensidad de estas se encuentran presentes al interior de la persona, por lo que se percibe que la pena excede el plano de lo normativo, dado que busca conseguir resultados en el mundo exterior —mundo de la naturaleza—. Además, al asumirse que mediante la pena se busca conseguir la anulación de los impulsos y motivaciones criminales presentes en el delincuente, esto hace que la pena solo podrá alcanzar su finalidad cuando consiga efectivamente la anulación de esos impulsos criminales, abriendo la posibilidad de que la sanción penal se torne indefinida de cara al tiempo.

Y las teorías mixtas de la pena, entre ellas, la propuesta dogmática de ROXIN, adolecen también de estos cuestionamientos, pues se tratan de planteamientos que asumen y conjugan lo sostenido por las anteriores, incluso admiten en su fundamentación posiciones marcadamente antagónicas e irreconciliables.

3.2.3. Estructura vertical: Agente del delito.

En cuanto a este último punto, solo cabe precisar que, agente del delito será aquella persona que con su conducta defrauda la vigencia efectiva de la norma jurídico-penal —esto es, contradice la identidad normativa de la sociedad—. Dicho de otro modo, quien lesione la vigencia normativa, será objeto de imputación por tal quebrantamiento de la norma.

Sobre la base de lo mencionado, resulta razonable sostener que la teoría de la pena de Günther JAKOBS responde a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado.



3.3.Resultado III

El efecto jurídico que genera la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena, está dado por el reconocimiento de que la pena estatal tiene como función el reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, y de esta forma, reafirmar la identidad normativa de la sociedad, lo cual genera que no se busque por medio de la pena finalidades u objetivos que inciden sobre el estricto ámbito personal o interno de la persona. En ese sentido, con la teoría de la pena de JAKOBS, se asume una concepción dogmática acorde con dicha estructura vertical, la cual respeta y protege la dignidad humana.

El presente resultado, asume lo pertinente y necesario de lo previamente sostenido en nuestros: Resultado I y Resultado II.



CONCLUSIONES

PRIMERA: El Derecho penal como parte de la ciencias del espíritu desarrolla su actividad sobre estos tres ámbitos. Así, observamos que el Derecho penal (i) regula la libertad humana a través de la normatividad, esto, mediante prohibiciones, mandatos, permisiones y definiciones, (ii) emplea criterios de valoración en las tareas de interpretación y en los juicios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etcétera y, (iii) adscribe al sujeto su comportamiento y la posterior responsabilidad que este acarrea; asimismo, adscribe elementos como dolo, imprudencia, imputabilidad, error, libertad, entre otros al agente del delito. Los tres ámbitos propios de la dogmática penal (lo normativo, lo valorativo y lo adscriptivo) coinciden con la estructura vertical, cuyos componentes están conformados por: el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado. En ese sentido: (i) lo normativo se corresponde con la norma jurídico-penal, (ii) lo valorativo con el Estado y (iii) lo adscriptivo con el agente del delito.

SEGUNDA: La ciencia del Derecho penal por medio de las teorías de la pena ha buscado elaborar una fundamentación racional a la intervención punitiva del Estado frente al ciudadano, cuando éste ha realizado una conducta delictiva. Así, esta importante tarea se ve reflejada en construcciones dogmáticas como: la retribución, la prevención general (negativa), la prevención general (positiva), la prevención especial y las teorías mixtas. Todas las teorías de la pena (retribución, prevención general (negativa), prevención general (positiva), prevención especial y mixtas) se corresponden con el modelo metodológico neokantiano, es decir, todas las teorías de la pena discurren sobre los ámbitos valorativo, normativo y adscriptivo. Sin



embargo, solo una teoría de la pena responde a la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado. La teoría de la pena acorde con la estructura vertical corresponde al planteamiento dogmático de Günther JAKOBS.

TERCERA: En la teoría de la pena de JAKOBS, la norma jurídico-penal —como es de reconocimiento general— se vincula con el delito y la pena. En esta concepción dogmática, el delito es entendido como infracción de la norma y, la imposición de la pena se dirige a reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, la que —al mismo tiempo— reafirma la identidad normativa de la sociedad. Todo ello da cuenta de la autosuficiencia del sistema jurídico, puesto que la pena no solo se trata de un medio para mantener la identidad social, sino que ésta representa el mantenimiento mismo. La imposición de la pena es la autocomprobación del ordenamiento jurídico en su conjunto, autoconfirmación de la identidad normativa de la sociedad —todo en el plano de la comunicación—. Esto conduce a que la teoría de la pena de JAKOBS no exceda los límites de la norma jurídica, pues no busca conseguir la producción de efectos en el mundo de la naturaleza —sensaciones, emociones o sentimientos—, ya que la imposición de la pena se circunscribe específicamente a ser reafirmación de la vigencia de la norma defraudada por el delito, y al mismo tiempo ser reafirmación de la identidad normativa de la sociedad. La teoría de la pena de JAKOBS, entiende que agente del delito es aquella persona que con su conducta defrauda la vigencia efectiva de la norma jurídico-penal —esto es, contradice la identidad normativa de la sociedad—. Dicho de otro modo, agente del delito es quien lesiona la vigencia normativa, y por ello, es objeto de imputación por el quebrantamiento de la norma.



De este modo, el efecto jurídico que produce la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena en general, radica en que se debe de reconocer que la pena estatal tiene como función el reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, y de esta manera, reafirmar la identidad normativa de la sociedad, lo cual genera que no se busque por medio de la pena finalidades u objetivos que inciden sobre el estricto ámbito personal o interno de la persona. De este modo, el efecto jurídico que produce la estructura vertical constituida por el agente del delito, la norma jurídico-penal y el Estado sobre las teorías de la pena en general, radica en que se debe de reconocer que la pena estatal tiene como función el reafirmar la vigencia de la norma defraudada por el delito, y de esta manera, reafirmar la identidad normativa de la sociedad, lo cual genera que no se busque por medio de la pena finalidades u objetivos que inciden sobre el estricto ámbito personal o interno de la persona.



RECOMENDACIONES

PRIMERA: Resulta necesario implementar en la currícula de las Facultades de Derecho una asignatura que de cuenta de los contenidos —desarrollo histórico, nociones, alcances— sobre metodología del Derecho en general.

SEGUNDA: Consideramos necesario implementar en el curso de Derecho penal (Parte General) una sección especial dedicada a la metodología del Derecho penal, dando cuenta de los sistemas causalista, finalista, funcionalista teleológico-valorativo o moderado, funcionalista normativo-sistémico o radical, con especial énfasis en el sistema metodológico neokantiano o neocausalista.

TERCERA: Se debe promover que los estudiantes tengan una formación no solo de conocimiento normativo o legal, sino de alcance multidisciplinario que comprenda ámbitos como la Filosofía, Teoría del Estado, Sociología, entre otros, los cuales pueden ser atendidos —en sentido amplio y general— con una asignatura destinada a la Metodología del Derecho o mediante una sección especial dedicada a la metodología del Derecho penal.



REFERENCIAS

- (COMP.), SCHÜNEMANN. (2012). *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- (COORD.), LASCURAÍN. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. 2019: BOE.
- (ED.), SILVA. (1997). *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.
- ABANTO. (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Tomo I*. Lima: Instituto Pacífico.
- ALCÓCER. (2018). *Introducción al Derecho penal. Parte general*. Lima: Jurista.
- ATIENZA. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA. (2016). *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra.
- ATIENZA. (2018). *Introducción al Derecho*. Puno: Zela.
- BACIGALUPO. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BARJA. (2018). *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I-A*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- BAUMANN. (1973). *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- BOCKELMANN Y VOLK. (2020). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Legales.
- BRAMONT-ARIAS. (2008). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Lima: Eddili.
- BUSTOS. (2005). *Introducción al Derecho penal*. Bogotá: Temis.
- CEREZO. (2005). *Curso de derecho penal español. Parte general I*. Madrid: Tecnos.
- CUELLO. (2002). *El Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Dykinson.
- DEMETRIO Y RODRÍGUEZ (COORDS.). (2016). *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- DONNA. (1996). *Teoría del delito y de la pena. Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.



- FEIJOO. (2017). *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- FERNÁNDEZ. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Lima: IDEMSA.
- FEUERBACH. (1989). *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi.
- FOUCAULT. (2018). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- FRISTER. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARCÍA. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ideas.
- GARCÍA Y CHINGUEL (COORDS.). (2019). *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas.
- GASCÓN Y GARCÍA. (2017). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra.
- GIMBERNAT. (2009). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos.
- GUASTINI. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- GUASTINI. (2016a). *¿Qué es la Teoría del Derecho?* Cusco: HuellaSiete.
- HASSEMER Y MUÑOZ. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HEGEL. (1999). *Principios de la filosofía del Derecho*. Barcelona: Edhasa.
- HURTADO. (2005). *Manual de Derecho penal. Parte general I*. Lima: Grijley.
- JAÉN. (1999). *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- JAKOBS. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS. (2000). *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Lima: Palestra.
- JAKOBS. (2000a). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- JAKOBS. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas.



- JAKOBS. (2015). *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal*. Lima: Editores del Centro.
- JAKOBS. (2016). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- JESCHECK Y WEIGEND. (2014). *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen I*. Lima: Instituto Pacífico.
- KANT. (2008). *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos.
- KAUFMANN. (2013). *Estudios de Derecho penal*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF.
- KLUG. (2002). *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*. México D.F.: Fontamara.
- LARENZ. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- LISZT, V. (1998). *La idea de fin en el Derecho penal*. Bogotá: Temis.
- LUZÓN. (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAYER. (2007). *Derecho penal. Parte general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- MERKEL. (2013). *Derecho penal. Parte general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- MIR. (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- MIR. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.
- MONTOYA. (2020). *Derecho penal de principios. Justificación de la intervención punitiva. Volumen I*. Lima: Palestra.
- MORILLAS. (2016). *Sistema de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- MUÑOZ. (1999). *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis.
- MUÑOZ. (2001). *Introducción al Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- MUÑOZ Y GARCÍA. (2010). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.



- NINO. (2013). *La validez del derecho*. Buenos Aires-Bogotá: Astrea.
- NINO. (2017). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Planeta-Ariel.
- OLMEDO Y ARAÚJO. (2007). *Introducción al Derecho penal*. Lima: Ara.
- PARIONA Y PÉREZ (COORDS.). (2015). *Teoría del delito. Problemas fundamentales*. Lima: Instituto Pacífico.
- PARMA Y PARMA. (2017). *Temas de la teoría del delito*. Santa Cruz de la Sierra: Ulpiano Editores.
- PAWLIK. (2016). *Ciudadanía y Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- PAWLIK. (2019). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*. Barcelona: Atelier.
- PFORDTEN, V. D. (2020). *Dignidad humana*. Barcelona: Atelier.
- POLAINO. (2015). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara.
- POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RADBRUCH. (1944). *Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- ROCCO. (2008). *Cinco estudios sobre Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- ROSAS. (2022). *Código Penal comentado. Parte general. Tomo I*. Lima: Gamarra Editores.
- ROXIN. (1976). *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus.
- ROXIN. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas.
- ROXIN. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ROXIN. (2021). *La teoría del delito en la discusión actual. Tomo I*. Lima: Instituto Pacífico.
- SÁNCHEZ-OSTIZ. (2008). *Imputación y teoría del delito*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- SCHÜNEMANN. (2006). *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del Tercer Milenio*. Lima: IDEMSA.



- SILVA. (2012). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- SILVA. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- SOLER. (1992). *Derecho penal argentino. Tomo II*. Buenos Aires: TEA.
- SOTOMAYOR. (2021). *Argumentación jurídica*. Puno: Zela.
- STRATENWERTH. (2005). *Derecho penal. Parte general I*. Buenos Aires: Hammurabi.
- VELÁSQUEZ. (2013). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- VILLA. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara.
- VILLAVICENCIO. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- WELZEL. (1956). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- WESSELS, BEULKE Y SATZGER. (2018). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Instituto Pacífico.
- ZAFFARONI. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Buenos Aires: EDIAR.
- ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. (2002). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: EDIAR.
- ZUGALDÍA, MARÍN DE ESPINOSA Y PÉREZ. (2010). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal*. Lima: Grijley.