

LIBERAL CRIMINAL THEORY

PLANTEAMIENTOS EN TORNO A UN DIÁLOGO GERMANO- ANGLOAMERICANO EN HONOR A ANDREW (ANDREAS) VON HIRSCH*

Kai Ambos
Catedrático de Derecho Penal
Georg-August-Universität Göttingen
Juez en el Tribunal Especial de Kosovo*

RESUMEN

El discurso penal angloamericano, así como el continental-europeo, influido fuertemente por Alemania, se llevan a cabo normalmente de forma paralela, y no uno junto al otro. Esto algo que puede predicarse con respecto a las grandes cuestiones del Derecho penal, como por ejemplo la discusión en torno a los fines de la pena o bien las razones para criminalizar, aunque también en relación a cuestiones más pequeñas y concretas, como es el caso, por ejemplo, de la problemática relativa a una posible exención de la pena en el contexto de la tortura de rescate (caso Daschner). Hay que admitir que desde un punto de vista lingüístico, el problema radica más bien por parte de los/las colegas angloamericanos/as, los/las cuales ignoran cualquier discusión ajena a la terminología anglosajona, y ello debido fundamentalmente a que no dominan los idiomas relevantes al respecto. Ahora bien, en ambos círculos jurídicos, y de modo particular en el Reino Unido/Estados Unidos y Alemania, domina en muchos/as colegas la concepción según la cual el propio ordenamiento jurídico es superior al resto. Una excepción a esto viene constituida por Andreas VON HIRSCH, en su día profesor en la Universidad de Cambridge y a día de hoy todavía activo en Frankfurt am Main. Debido a su dominio de varios idiomas y sobre todo a su interés en la teoría del Derecho penal alemán –de modo semejante al norteamericano George P. FLETCHER, residente actualmente en Jerusalem– VON HIRSCH ha hecho las veces de puente entre la discusión angloamericana y alemana en torno a los fundamentos del Derecho penal, fomentando decisivamente el diálogo entre los dos ámbitos jurídicos en el contexto del Derecho penal.¹ El libro homenaje que aquí se comenta se encuentra precisamente en esa

* A la vez, reseña al libro de SIMESTER/DU BOIS-PEDAIN/NEUMANN (eds.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford et al.: Hart 2014. Quiero agradecer a los profesores G. JAKOBS y C.-F. STUCKENBERG por su crítica lectura previa, así como al estudiante de Derecho M. NIBLE por su ayuda en la preparación de la presente publicación.

* Traducción llevada a cabo por Miguel Ángel CANO PAÑOS, Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Granada. Título original del trabajo: «Liberal Criminal Theory. Ansätze eines angloamerikanisch-deutschen Dialogs zu Ehren von Andrew (Andreas) von Hirsch».

¹ Un listado de sus publicaciones, también en lengua alemana, puede consultarse en: SIMESTER, et al., *opus cit.*, pp. 361 y ss.

tradición; además, y gracias a la obra de VON HIRSCH, muchas de las contribuciones que se encuentran en el libro homenaje vinculan un pensamiento penal angloamericano y alemán. Conviene señalar, sin embargo, que las distintas contribuciones se insertan una junta a la otra, sin ningún punto de conexión entre ellas, de tal manera que tampoco aquí se lleva a cabo un diálogo en el verdadero sentido de la palabra, por ejemplo mediante la realización de comentarios recíprocos. También se echa de menos la presencia de algún que otro representante destacado de los respectivos ámbitos jurídicos.² De todos modos hay que agradecer el arte de la traducción desarrollado por la co-editora alemana de la obra, Antje DU BOIS-PEDAIN, la cual ejerce sus labores docentes en Cambridge, lo cual ha permitido que por primera vez se publiquen en lengua inglesa contribuciones doctrinales procedentes de penalistas alemanes de renombre.³ Esto ha permitido hacer accesible al público especializado angloamericano las ideas más importantes del discurso penal alemán. Al mismo tiempo, esto significa sobre todo una llamada de atención para los/las jóvenes colegas alemanes en el sentido de que deben publicar directamente sus trabajos en lengua inglesa, si con ello quieren que estos encuentren eco en el extenso círculo jurídico angloamericano (common law),⁴ así como, de manera cada vez más preponderante, en ordenamientos jurídicos ajenos al germano, adscritos tradicionalmente al ámbito de influencia jurídica del civil law. En la siguiente obra, del total de nueve colegas alemanes que se encuentran representados, únicamente tres han presentado sus textos en inglés.⁵ Por lo demás, la obra se divide en cuatro partes, algo que suministra una estructura razonable, la cual es seguida por la siguiente recensión.

ABSTRACT

Der angloamerikanische und der kontinentaleuropäische, stark von Deutschland geprägte Strafrechtsdiskurs finden in der Regel nebeneinander, nicht miteinander statt. Das gilt für die großen Fragen des Strafrechts, etwa die Diskussion zu den Strafzwecken oder den Gründen von Kriminalisierung, aber auch für kleinere, konkrete Fragen, etwa die Frage eines möglichen Strafausschlusses bei Rettungsfolter (Fall Daschner). Zugegeben: In sprachlicher Hinsicht liegt das Problem eher auf Seiten der angloamerikanischen Kolleginnen und Kollegen, die die nicht-englischsprachige Diskussion schon deshalb ignorieren, weil sie den relevanten Sprachen nicht mächtig sind. Doch in beiden Rechtskreisen, insbesondere in England/USA und Deutschland, herrscht bei vielen Kolleginnen und Kollegen die Auffassung vor, dass die eigene Rechtsordnung überlegen sei. Eine Ausnahme stellt insoweit der ehemals in Cambridge

² Del ámbito alemán se echa en falta la presencia de Günther JAKOBS; del anglosajón no aparece John SPENCER.

³ DU BOIS-PEDAIN ha traducido las contribuciones presentadas por HASSEMER, NEUMANN, ROXIN, WOHLERS, SCHÜNEMANN y SEELMANN.

⁴ En relación al dominio de la lengua inglesa, concebida como nueva «lingua franca», véase: AMBOS, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2016, p. 177 (pp. 187-188).

⁵ Junto a la propia DU BOIS-PEDAIN (la cual ciertamente trabaja en Cambridge), los trabajos de Klaus GÜNTHER y Tatjana HÖRNLE.

lehrende und heute noch in Frankfurt/M tätige Andreas von Hirsch dar. Er hat aufgrund seiner Mehrsprachigkeit und vor allem seines Interesses an der deutschen Strafrechtstheorie – ähnlich wie der inzwischen in Jerusalem lebende US-Amerikaner George P. Fletcher – immer als Brücke zwischen der angloamerikanischen und deutschen strafrechtlichen Grundlagendiskussion gedient und den Dialog zwischen den beiden Rechtskreisen im strafrechtlichen Bereich maßgeblich gefördert.⁶ Die hier zu besprechende Festschrift steht in dieser Tradition und viele der versammelten Beiträge verbinden angloamerikanisches und deutsches Strafrechtsdenken anhand des Werks von von Hirsch. Allerdings stehen die Beiträge eher unverbunden nebeneinander, so dass auch hier ein Dialog im echten Sinne des Wortes, etwa durch gegenseitige Kommentierung, nicht zustande kommt. Auch vermisst man den ein oder anderen führenden Repräsentanten des jeweiligen Rechtskreises.⁷ Immerhin: Es ist der Übersetzungskunst der deutschen und in Cambridge lehrenden Mitherausgeberin Antje du Bois-Pedain zu verdanken, dass hier erstmals Beiträge führender deutscher Strafrechtswissenschaftler in englischer Sprache vorliegen⁸ und damit wichtigen Gedanken des deutschen Strafrechtsdiskurses der angloamerikanischen Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Zugleich bedeutet dies freilich für die vor allem jüngeren deutschen Kolleginnen und Kollegen, dass sie direkt in englischer Sprache publizieren müssen, wenn sie in dem großen angloamerikanischen (common law) Rechtskreis – und zunehmend übrigens auch in traditionell dem civil law Rechtskreis zugeschlagenen, nicht-deutschsprachigen Rechtsordnungen – Gehör finden wollen.⁹ Im vorliegenden Band haben nur drei der insgesamt neun vertretenen deutschsprachigen Kolleginnen und Kollegen ihre Texte in englischer Sprache vorgelegt.¹⁰ Das Werk gliedert sich in vier Teile und gibt damit eine sinnvolle Struktur vor, der die Besprechung folgen kann.

PALABRAS CLAVE

Von Hirsch, Derecho penal angloamericano, Derecho penal alemán, diálogo, justicia criminal

KEYWORDS

Von Hirsch, angloamerikanische Strafrechtsdiskurs, Deutschland Strafrechtsdiskurs, Dialogs, Strafjustiz

⁶ Supra, nota 1, S. die Liste seiner – auch deutschsprachigen – Veröffentlichungen in *Simester et al.*, S. 361 ff.

⁷ Aus dem deutschsprachigen Bereich fehlt etwa *Günther Jakobs*, aus dem englischsprachigen *John Spencer*.

⁸ *Du Bois-Pedain* hat die Beiträge von *Hassemer, Neumann, Roxin, Wohlers, Schünemann, Seelmann* übersetzt.

⁹ Zur Dominanz der englischen Sprache als neuer „lingua franca“ *Ambos GA 2016*, 177 (187 f).

¹⁰ Neben *du Bois-Pedain* selbst (die allerdings in Cambridge lehrt) nur *Klaus Günther* und *Tatjana Hörnle*.

ÍNDICE

I. PENA Y PREVENCIÓN («PUNISHMENT AND PREVENTION»). II. PENA, RETRIBUCIÓN Y COMUNICACIÓN («PUNISHMENT, DESERT AND COMMUNICATION»). III. MOTIVOS PARA LA CRIMINALIZACIÓN («BIENES JURÍDICOS, HARM AND OFFENCE IN CRIMINALISATION»). IV. JUSTICIA CRIMINAL EN UN ESTADO DE DERECHO LIBERAL («CRIMINAL JUSTICE IN A LIBERAL STATE»). V. CONCLUSIÓN

I. PENA Y PREVENCIÓN («PUNISHMENT AND PREVENTION»)

1. Andrew ASHWORTH y Lucia ZEDNER (pp. 3-21), discuten en su contribución el papel del Estado preventivo a la hora de impedir daños a terceros. En primer lugar abordan los estímulos legislativos para impedir la comisión de delitos, lo que les hace ocuparse de la concepción dualista de VON HIRSCH, según la cual los seres humanos son, por un lado, actores morales los cuales pueden ser alcanzados por un mandato normativo; pero que por otro lado –debido a que son generalmente falibles– aquellos lesionan esas mismas normas, por lo que deben ser reprendidos. Se trataría por tanto de una aproximación «interactiva»¹¹ de prevención a través de unas prohibiciones (respaldadas penalmente) y reprensión («censure») en caso de haber cometido un delito;¹² si bien esta última, en ocasiones, debe ser completada con un «tratamiento duro» («hard treatment»), es decir, una auténtica pena, ya que la reprensión por sí sola no se toma en serio ni se percibe como una auténtica pena.¹³ El derecho a penar, y con ello también a aplicar una reprensión, le corresponde al Estado como única autoridad pública. Sin embargo, no está claro hasta dónde abarca ese derecho a penar en un caso concreto, es decir, cuál sería su contenido concreto. Partiendo de HOBBS, uno podría en todo caso determinar que la genuina justificación de la existencia del Estado vendría dada por la concesión de seguridad a sus ciudadanos. Ahora bien, al contrario del pensamiento de HOBBS, esa función de seguridad del Estado debería ser limitada para con ello prevenir posibles abusos; realizándose esa limitación –en el sentido expuesto por LOCKE– al fin de la propia conservación del Estado. Dicho con otras palabras: El derecho a penar por parte del Estado debería estar orientado al derecho del individuo a su propia conservación, pudiéndose únicamente aplicar ese derecho para mantener la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos. En última instancia debería encontrarse un camino intermedio entre un clásico y puro Estado vigilante de carácter liberal y un Estado social de carácter intervencionista, si bien debería también plantearse la cuestión relativa a la eficacia de la intimidación a través del Derecho penal

¹¹ BOTTOMS, en: ASHWORTH/WASIK (Ed.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, p. 89 («prevention and censure in fact coexist and interact as justifications for punishment»).

¹² ASHWORTH/VON HIRSCH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, 2005, Cap. II («The justification for punishment's existence: Censure and prevention»).

¹³ ASHWORTH/VON HIRSCH, *opus cit.*, pp. 22-23. (El elemento de un trato severo «supplies a prudential reason for desistance from offending, but one that is tied to the normative reason conveyed by penal censure»).

y la pena. Por todo ello, las investigaciones llevadas a cabo por VON HIRSCH darían como resultado que la existencia en sí de un sistema de justicia penal presenta ciertamente una especie de inicial efecto intimidatorio, pero que sin embargo existen pocas razones que permitan afirmar que las agravaciones punitivas poseen también ese efecto.¹⁴

Ahora bien, ¿cómo puede concretizarse desde el punto de vista del contenido la obligación preventiva del Estado? Para ASHWORTH y ZEDNER sería demasiado hacer responsable al Estado ante un fracaso en la prevención de la criminalidad. Con todo, más complicado resulta responder a la pregunta sobre la responsabilidad del Estado con respecto a las condiciones criminógenas de sus delincuentes. ¿Está dentro del ámbito de responsabilidad del Estado el impedir o por lo menos disminuir esas condiciones criminógenas? ¿Puede únicamente un Estado, el cual cumple con esa obligación, utilizar su poder punitivo frente a aquellos delincuentes que son el producto de esas condiciones criminógenas? ¿Puede incluso un Estado llegar a tener una responsabilidad moral por las condiciones sociales de la criminalidad, de tal manera que debido a ello carece de la autoridad moral de castigar aquellos hechos que son consecuencia de esas condiciones? ASHWORTH y ZEDNER contestan de forma afirmativa a la última pregunta planteada, al exigir que un Estado, el cual asume la responsabilidad de las condiciones criminógenas y, por consiguiente, no cumple de forma satisfactoria con su responsabilidad social, debe en todo caso reducir las penas para aquellos delincuentes procedentes de zonas afectadas por conflictos sociales. Sin embargo, en caso de mantenerse firme en penas severas, entonces mina con ello su autoridad punitiva. Además, el Estado tiene la obligación de prever programas de rehabilitación. En este punto, ambos autores hacen referencia al principio de Estado social desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán, exigiendo que dichos programas se deben basar en el principio de la voluntariedad. Con respecto a las penas privativas de libertad de duración indeterminada para aquellos delincuentes especialmente peligrosos –las cuales son aplicadas en el Reino Unido y en otros ordenamientos jurídicos adscritos al *common law* (debido a la falta de reconocimiento de las medidas de seguridad y corrección como segunda vía)– ASHWORTH y ZEDNER postulan, de acuerdo con la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁵ la posibilidad de que el condenado tenga derecho a recobrar la libertad («right to hope», pp. 20-21). Por consiguiente, debe existir en todo caso la posibilidad de revisión de las penas privativas de libertad indeterminadas, otorgando entonces una puesta en libertad anticipada.

En general, ASHWORTH y ZEDNER derivan de la «función esencial preventiva» del Estado –como garante de las condiciones de vida pacíficas, ordenadas y seguras de sus ciudadanos– una obligación estatal de poner a disposición «programas de prevención en el marco de penas proporcionadas».¹⁶ Frente a las víctimas existe la obligación estatal

¹⁴ ASHWORTH/ZEDNER, p. 13, nota núm. 59 (donde se hace referencia a: VON HIRSCH *et al.*, *Criminal deterrence and sentencing severity: An analysis of recent research*, 1999).

¹⁵ Véase al respecto: TEDH, *Vinter vs. UK*, 66069/09, 130/10 y 3896/10.

¹⁶ ASHWORTH/ZEDNER, p. 21 («... to provide preventive programmes within the scope of proportionate sentences is an obligation that derives from the basic preventive function of the state as protector – namely, that the liberal state has a duty to provide the means whereby persons can lead their chosen lives in peace, good order, and without fear or risk of harm»).

de minimizar las consecuencias negativas del delito; frente a los delincuentes en la lucha contra los factores criminógenos y su consideración en la determinación de la pena, en el aseguramiento de condiciones mínimas y posibilidades de rehabilitación en el contexto penitenciario, así como en la, en general, utilización restrictiva de medidas penales. Únicamente cuando el Estado cumple con estas obligaciones, en ese caso habría que considerar como razonable y legítimo el por VON HIRSCH exigido «hard treatment» –concebido como complemento de la reprensión moral a través de una pena perceptible. Es evidente que ASHWORTH y ZEDNER pretenden otorgar a la prevención claramente una preponderancia frente a la represión. En el supuesto de que una pena resultase inevitable, la misma debería ser en todo caso proporcional y ejecutarse de forma humana. Esto es algo que sin duda suena bien, aunque se fundamenta en una concepción del Estado como portador de obligaciones sociales de gran alcance; concepción que hay que decir no goza de amplia aprobación en el ámbito angloamericano.

2. También Claus ROXIN (pp. 23-42) parte de la unión «interactiva» establecida por VON HIRSCH entre reprensión y prevención, destacando su cercanía con la teoría dialéctica establecida por el propio ROXIN ya en el año 1966. Este autor rechaza las teorías absolutas de la pena, ya que, en primer lugar, las mismas no proporcionan razón alguna para la competencia punitiva estatal. En segundo lugar porque dichas teorías persiguen un ideal metafísico de absoluta justicia, lo cual no puede ciertamente ser perseguido por una mera institución terrenal como es el Estado. Y en tercer lugar porque ese ideal de justicia no se puede explicar de forma plausible a través de la imposición de un ulterior mal de naturaleza penal. Más bien –y ello en el sentido de las teorías relativas– el punto de partida de cualquier tipo de justificación de la pena tendría que ser de naturaleza preventiva, y ello en la medida de que la función del Derecho penal debería ser garantizar la libertad homogénea de todos los ciudadanos. Del resto de reparos expuestos contra las teorías relativas, a saber, por un lado la falta de pruebas sobre el efecto preventivo y, por otro, la ausencia de límites de los marcos penales, ROXIN concluye afirmando que la segunda objeción planteada es de todos modos «irrefutable». Con todo, el mencionado autor considera que, en contra de este reparo, uno podría con respecto al efecto preventivo partir intuitivamente de la base de que un Derecho penal aplicado de forma consecuente posee dicho efecto. Con todo, las teorías preventivo-generales no pueden debilitar completamente la clásica objeción (*kantiana*) de la instrumentalización del individuo con el objetivo de lograr finalidades preventivas para la generalidad.

Por todo ello, para ROXIN el concepto de culpabilidad –un clásico elemento de una teoría absoluta de la pena– se muestra como un principio indispensable de la limitación de la pena. El principio de culpabilidad se correspondería por tanto con el concepto de imposición de una reprobación, del cual se muestra partidario VON HIRSCH, ya que aquí se trata también de un reproche de culpabilidad y de la proporcionalidad en la medición de la pena. Pero además, para el propio ROXIN el principio de culpabilidad constituye asimismo la llave para la justificación de la utilización del autor con vistas a originar efectos punitivos preventivo-generales. La razón por la que el individuo puede llegar a ser instrumentalizado para finalidades estatales circunscribibles a la prevención

general la vislumbra ROXIN en última instancia –y ello en gran coincidencia con los enfoques compensatorios (particularmente de PAWLIK)¹⁷– en el hecho de que cualquiera está obligado a reparar el injusto que ha ocasionado de forma culpable. Cuando un sujeto perturba la paz pública mediante la comisión de un hecho delictivo, en ese caso debe participar de forma eminente en la restitución de la paz social. «Él [autor del delito] debe tomar a su cargo todo aquello que sea necesario para restituir en lo posible el *status quo ante*».¹⁸

En opinión de ROXIN, todas estas complejas relaciones no pueden ser abarcadas mediante el concepto de la reprobación, debiendo más bien acudir al concepto de la responsabilidad. Este último contiene también el elemento de la reprobación, si bien va mucho más allá debido a que exige que el autor tenga asimismo que soportar las consecuencias de su actuación con respecto a la restauración del ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el concepto de la reprobación no se contiene necesariamente la necesidad de un castigo (tal y como hemos visto *supra*, ese castigo puede en casos excepcionales ser necesario como un «tratamiento duro»). Por otro lado, con el concepto de reprobación se reconoce el interés de la víctima en la confirmación pública de la infracción de derecho. Con ello, las teorías de la pena expresivas o comunicativas adquieren una especial significación; precisamente en aquellos supuestos en los que se trata de fundamentar, únicamente desde una perspectiva preventivo-general, el castigo de personas de alta edad por delitos que se enmarcan en una determinada forma de comisión (por ejemplo, criminales del Nacionalsocialismo), si bien, por regla general, esos sujetos no necesitan intervención alguna desde una perspectiva preventivo-especial. Los intereses de las víctimas en la reparación deberían de hecho ser parte de una moderna teoría de la pena, lo cual sin embargo no significa que únicamente la comunicación pública a través de una condena penal sea suficiente para una eventual reparación, cuando más allá de esa condena no se produce la imposición efectiva de un mal de naturaleza penal. Una tal reacción sin pena conduciría a un aumento considerable de delitos. Como resultado final, ROXIN se muestra partidario de una teoría de la pena que contenga en sí misma los fines resocializadores de la pena, incluyendo sus finalidades preventivo-generales, así como su función expresiva. En puridad, esa función expresiva resulta también abarcada por el concepto de reprobación, si bien este último no abarca las otras funciones preventivas de la pena.

3. James EDWARDS y Andrew SIMESTER (pp. 43-65) analizan la combinación de los conceptos de prevención y retribución. En opinión de ambos autores, un enfoque orientado exclusivamente en la retribución, el cual es por ejemplo defendido por Michael MOORE en el contexto anglo-americano, debe ser rechazado, ya que la finalidad penal de la prevención puede en puridad existir junto a la retribución. Ambas finalidades serían perseguidas en distintos momentos temporales: Mientras que aquellas reflexiones de carácter preventivo motivarían al legislador, en cambio la idea de la retribución entraría en juego a la hora de imponer realmente una pena. Ahora bien, el

¹⁷ PAWLIK, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2006, p. 345 (p. 349).

¹⁸ ROXIN, p. 37 («He must undergo everything necessary to restore the status quo ante insofar as this is possible»).

pensamiento preventivo no resulta por sí solo suficiente, sino que el mismo debe ser completado mediante consideraciones de carácter normativo. De un modo particular, EDWARDS y SIMESTER consideran que únicamente aquellas conductas antijurídicas merecen castigo, ya que de lo contrario la pena pierde su «voz moral» («moral voice», p. 48). El determinar una finalidad preventiva no conduce tampoco a una instrumentalización del sujeto que se va a castigar, ya que una pena que apela a la razón de cualquier persona le muestra respeto a esa misma persona. Ahora bien, esta afirmación, utilizada así, no supone una «Hegelian objection», sino que se corresponde con el pensamiento de HEGEL en torno a honrar al delincuente como un sujeto razonable a través de su castigo.¹⁹ En puridad, EDWARDS y SIMESTER no le otorgan un peso eminente al argumento de la instrumentalización. En su opinión, los seres humanos son con frecuencia instrumentalizados; de lo único que se trata es de que aquellos no sean utilizados como un «puro medio» («pure means») para conseguir un determinado objetivo. Ello no sucede cuando las personas son amenazadas con una pena para con ello impedir la comisión de delitos por otros sujetos. En última instancia, ambos autores postulan un Derecho penal el cual debería abordar tanto la moral como también la razón práctica. Este Derecho penal crea aquellos estímulos que apelan a la razón, instando con una voz moral a no cometer delitos. De este modo, el Derecho penal se muestra como una «prevención con una voz moral» («prevention with a moral voice»).

4. Ulfrid NEUMANN (pp. 67-84) analiza cómo puede ser fundamentada la pena «merecida». Sobre la base de la diferenciación entre una concepción de la pena de naturaleza deontológica (orientada a la retribución) y otra de carácter consecuencialista (preventiva), NEUMANN formula en primer lugar la ya antigua crítica procedente de la discusión utilitarista, según la cual con una pena fundamentada exclusivamente desde un prisma preventivo se podría justificar en determinados casos el castigo de personas inocentes. Pues desde un punto de vista preventivo-general todo depende de cuál es la reacción que la sociedad exige en relación a un determinado hecho y la responsabilidad de un presunto autor. En caso de que la sociedad considere como autor a un sujeto inocente, y que el hecho clame por decirlo así por una reacción estatal, en ese caso podría estar justificado castigar a ese individuo inocente desde razones preventivo-generales, si bien éste realmente no se ha hecho «merecedor» de esa pena. En opinión de NEUMANN, este pensamiento debería conducir –también con respecto a las teorías de la unión de carácter preventivo– a una limitación en la punición, y ello por encima del propio principio de culpabilidad.

No obstante, NEUMANN considera que las fundamentaciones al uso que se hacen del principio de culpabilidad no logran convencer. Una fundamentación interna o inmanente del principio de culpabilidad, en el sentido de una limitación de la penalidad, se muestra en el caso de las teorías de la pena de carácter retributivo, ya que en este caso una pena retributiva debe –según su función– ser siempre acorde con la culpabilidad. Ahora bien, el pensamiento retributivo no puede ser defendido en un Estado secular, ya que en éste la legitimación de la pena solo puede producirse de forma inmanente (en este mundo), no así trascendente (en el más allá). Por el contrario, y en

¹⁹ Véase al respecto *infra* la nota núm. 17, así como el texto principal.

el caso de las teorías preventivas, una fundamentación externa del principio de culpabilidad se produce en el sentido de que dicho principio ostenta la función de un especial aseguramiento y una limitación externa de la pena, ya que ésta última, a partir de su función, no puede limitarse por sí misma. El por qué el Derecho penal preventivo, orientado hacia el futuro, de repente debe estar referido al hecho acaecido en el pasado, no puede fundamentarse ni con el principio de proporcionalidad ni tampoco con la concepción *roxiniana* del principio de culpabilidad, concebido como factor de eficacia de la prevención general. El principio de proporcionalidad sería únicamente un puro principio formal, relacional, el cual, según la proporcionalidad del medio, pregunta sobre la pena con respecto a una determinada finalidad social, como por ejemplo la estabilización de la norma. Por tanto, este principio –al contrario de lo que sucede con el principio de culpabilidad– no se orienta –dirigido al pasado– al hecho delictivo cometido, sino –dirigido al futuro– a los fines sociales de la pena que son declarados relevantes. En última instancia, con ello se puede fundamentar cualquier pena que persigue una finalidad necesaria y socialmente relevante. En opinión de NEUMANN, el problema de la argumentación *roxiniana* se encuentra en que este autor, con respecto a la pena merecida, deriva el principio de culpabilidad del sentimiento de justicia, lo cual exige «que nadie puede ser castigado de forma más severa a lo que merezca; y merecida es únicamente una pena adecuada al grado de culpabilidad».²⁰ Este sentimiento de justicia puede no obstante producir ciertamente resultados contrapuestos, a saber, una agravación punitiva. Además, ROXIN desconoce que el principio de culpabilidad no se infiere de las condiciones de funcionamiento de la prevención general positiva, ya que el mismo constituye un principio ético-normativo, y ello en el sentido de la fundamentación aportada por Andreas VON HIRSCH: el principio de culpabilidad se concibe para este autor como una parte constitutiva de la institución «pena», como retribución de un hecho que se encuentra en el pasado mediante una pena a la que se une una desaprobación social (reprensión social, *censure*), lo cual, nuevamente, presupone una reprochabilidad subjetiva. Merecida sería la pena entonces en relación a la conducta delictiva que se encuentra situada en el pasado, la cual se le puede reprochar subjetivamente al autor, y que de hecho se le debe reprochar para con ello satisfacer el principio de culpabilidad. Para realmente poder hablar de una «pena» en un sentido conceptual, junto a la reprobación social debe añadirse, además, la imposición de un mal de carácter sensible, a saber, el denominado «hard treatment». Sin embargo, esta concepción de la pena –reprobación social e imposición de un mal– no debe ser confundida con un concepto de la pena orientado a la retribución, ya que este último se interesa por el objetivo, la finalidad, es decir, la teleología de la pena, mientras que en el otro caso la pena se concibe como el «momento de la lógica de la institución de la pena», de tal manera que la misma entra en juego en un momento anterior, es decir, en el momento propio en el que la pena se instituye. La pena no constituye por ello únicamente una institución de carácter empírico, sino también normativo, por lo que la misma está sujeta a los cambios sociales: Si hoy en día consideramos justo que el Estado como instancia neutral –en lugar de sujetos privados

²⁰ ROXIN, *Strafrecht AT I*, 4ª Ed., 2006, § 3 marginal núm. 49 (según lo cual el sentimiento de justicia «adquiere un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídica general»).

(venganza de sangre, derecho de la faida)– impone una pena, esto podría cambiar como consecuencia del desarrollo social. Visto de esta manera, una última justificación de la pena sería algo contingente, ya que ello resulta dependiente de los actuales condicionantes sociales.

La dependencia social de la pena se lleva sin embargo aquí demasiado lejos, ya que incluso cuando uno comparte esa misma premisa, la pena, en un Estado constitucional liberal, debe en todo caso estar sujeta a los límites jurídico-estatales immanentes a esa forma de Estado. Pues si bien es verdad que dentro de los elementos de la pena otorgados institucionalmente se encuentra el hecho de que la misma debe ser impuesta por el Estado, aunque sólo sobre la base de la concepción de la sociedad reinante en un momento dado, en ese caso la institución de la pena se convierte en una especie de juguete en manos de los desarrollos sociales, por lo que la potestad punitiva estatal se pone en entredicho. Cuando además la justificación de la pena se hace depender de la naturaleza institucional de la sociedad, entonces puede incluso fundamentarse la impunidad del soberano o del monarca a través de esa misma estructura institucional (monarquía). Por ello, si uno en última instancia hace depender la justificación penal -júnicamente!– de las relaciones sociales de poder, en ese caso su cambio puede conducir –desde una perspectiva liberal y jurídico-estatal– a una renuncia civilizadora.

II. PENA, RETRIBUCIÓN Y COMUNICACIÓN («PUNISHMENT, DESERT AND COMMUNICATION»)

5. Julian ROBERTS y Hannah MASLEN (pp. 87-109) establecen que la conducta tras la comisión del delito es tenida en cuenta en muchos ordenamientos jurídicos en el contexto de la determinación de la pena, si bien en muchos casos faltan para ello fundamentaciones de carácter teórico. Pues bien, este déficit teórico quieren ambos autores subsanarlo a través de una aproximación inserta dentro de la teoría de la reprobación de la pena, la cual consiste en una determinación de la pena proporcional al hecho delictivo, más allá de excepciones utilitaristas con respecto a la proporcionalidad y la adecuación a la culpabilidad de la pena. Para ello analizan tres clases de conductas postdelictivas dignas de elogio: la reparación del daño causado, el apoyo a la persecución penal estatal, en particular la colaboración con los órganos encargados de la persecución penal, y las medidas para la rehabilitación del autor, como por ejemplo una terapia para tratar una toxicomanía. Con ello, los autores se posicionan en contra de una aproximación orientada al pasado y de signo retributivo, según la cual la pena sirve para compensar el hecho delictivo y el grado de culpabilidad del autor, por lo que debe entrar en acción exclusivamente en el momento de comisión del hecho; existiendo por tanto en este caso una clara frontera temporal –una especie de «firewall»– entre la efectiva comisión del delito y la conducta posterior del autor, no condicionando esta última la imposición de la pena. Un enfoque como el descrito es considerado por ROBERTS y MASLEN no sólo como contraproducente desde una perspectiva práctica, sino también insostenible desde una vertiente teórica. Para ello realizan una argumentación en dos niveles. Por un lado justifican la influencia

atenuadora de conductas postdelictivas de naturaleza positiva en relación a la gravedad del hecho delictivo. En este sentido, ambos autores se muestran partidarios en flexibilizar en primer lugar la delimitación temporal entre la comisión delictiva y la conducta posterior al hecho, teniendo para ello en cuenta que también una conducta anterior al delito es tenida en cuenta en el marco de la determinación de la pena. Es cierto que en este sentido no pueden trazarse unos límites temporales claros, debiendo en muchos casos decidirse según cada caso en concreto. Sin embargo, tanto la conducta postdelictiva como aquella predelictiva deben ser tenidas en cuenta. Ello lo justifican ROBERTS y MASLEN señalando que la conducta postdelictiva influye tanto en la reprochabilidad («culpability») como en el contenido de injusto en el sentido del daño causado («harmfulness»). El autor de la infracción penal se distancia posteriormente de su delito cometido a través de una conducta positiva, debilitando o incluso anulando la anterior admisión de ese delito. Además, el autor disminuye el daño causado a través de medidas concretas de resarcimiento, si bien el llamado «harm coefficient» no es un elemento estático, sino que más bien debe ser delimitado según cada caso en concreto. En definitiva, todo depende de forma fundamental de las repercusiones de la conducta postdelictiva del autor del hecho para con ello establecer la reprochabilidad concreta del delito.

Por otro lado (segundo nivel de fundamentación), los autores del trabajo suministran una fundamentación normativa de la consideración de la conducta postdelictiva, teniendo en cuenta la reprobación emitida al aplicarse la pena. Si la conducta postdelictiva –como se ha señalado *supra*– reduce la gravedad del injusto y con ello el reproche de culpabilidad, entonces puede también disminuirse la reprobación que se transmite a través de la condena penal. Con vistas a la función pública de esa condena penal, el autor que ha puesto en práctica una conducta postdelictiva positiva ha entrado nuevamente en un discurso moral con la sociedad, mostrando así su disposición a regresar al ámbito del Derecho. Por ello, este sujeto merece una reprobación menor que aquél que, tras cometer un delito, no hace absolutamente nada o bien realiza acciones negativas. Además, en la cooperación del autor del delito con los órganos de persecución penal o bien en su confesión del hecho, puede por lo menos vislumbrarse –si bien no un arrepentimiento moral– el reconocimiento del interés público legítimo en el mantenimiento de la norma y en la sanción de su quebrantamiento, con lo que en última instancia se reduce la distancia entre el autor/el delito y la sociedad de referencia. En definitiva, una conducta postdelictiva de naturaleza positiva puede también contribuir a un impedimento preventivo en la imposición de la pena, ya a una reducción de la misma, cuando por ejemplo el autor del delito restablece completamente el daño causado a la víctima y con ello priva de cualquier fundamentación a los correspondientes componentes de la pena («compensation order»). ROBERTS y MASLEN reconocen que el contenido moral de la conducta postdelictiva puede a menudo resultar dudoso, ya que el autor se comporta, no por motivos morales, sino exclusivamente egoístas. Es por ello que la correspondiente atenuación punitiva, más allá de la transformación moral del autor, depende más bien de cada caso en concreto. Sea como fuere, el mérito de este enfoque es que el mismo proporciona una teoría para el significado práctico de la conducta

postdelictiva; una teoría que no sólo se fundamenta en criterios referidos a la persona del autor (buen carácter, conducta ejemplar) y que se basa exclusivamente en sus repercusiones sociales, sino que también establece la relación con el hecho delictivo en concreto y la culpabilidad del autor. Algunas de las reflexiones de los autores de este trabajo son capaces de conectarse con la discusión que se lleva a cabo en el seno de la doctrina alemana. Para ello puede pensarse en la reciente postura mantenida de forma convincente por FRISCH, según la cual «la clave para el correcto tratamiento de la conducta postdelictiva» se encuentra en la toma en consideración del daño producido al mantenimiento de la norma. Este daño al mantenimiento de la norma puede en todo caso modificarse con posterioridad al hecho delictivo, siendo en todo caso disminuido a través de una conducta postdelictiva positiva por parte del autor.²¹

6. Kurt SEELMANN (pp. 111-121) se ocupa de la perspectiva defendida tanto en la filosofía idealista alemana como en la angloamericana, según la cual el autor del delito es tratado como una persona, es decir, como un sujeto moral, con la imposición de la reprobación inserta en la pena. Acudiendo a la célebre expresión escrita por HEGEL, el autor de un delito «conserva *su* propio derecho... es *honrado* como un sujeto sensato».²² Ya antes, KANT había defendido la postura según la cual el criminal, a través de su conducta delictiva, dicta su propia sentencia, a saber, «el tener que quedar privado de la vida».²³ Esto, por otra parte, presupone que el autor, como una persona moral y un ser sensato, puede someterse a leyes morales, si bien la razón se presenta como el presupuesto de cualquier imputación a esas leyes morales, ya que sólo entonces puede dicho autor conducirse según esas leyes.²⁴ Este pensamiento se corresponde con la afirmación formulada por VON HIRSCH –basándose en P.F. STRAWSON–, según la cual el delincuente es tratado como un «moral agent» a través de la reprobación que va a unida a la pena; es decir, «como una persona que posee una competencia de acción de naturaleza moral».²⁵ También con respecto a esto, todo depende decisivamente de que el autor sea tratado como una persona capaz de reflexionar moralmente y así de participar en una comunicación moral.²⁶ La relación entre la personalidad o bien moral agency y la imputación la atribuye SEELMANN al pensamiento de John LOCKE, por lo que aquélla precede al idealismo alemán. Ya en el año 1694 y en el capítulo 27 de la segunda edición de su obra «*Essay concerning human understanding*», LOCKE unía la imputación de hechos delictivos con el concepto de persona y con la cuestión relativa a qué es lo que hace que un hombre sea idéntico a sí mismo. Según señala SEELMANN, LOCKE utiliza «el concepto de persona para hacer reconocible qué es lo que en cada ser humano

²¹ FRISCH, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2014, p. 489 (p. 502).

²² HEGEL, *Vorlesung über die Rechtsphilosophie. Die Rechtsphilosophie von 1820*, Edition Ilting, Vol. 2, 1973/74, § 100, p. 362 (cursivas en el original).

²³ KANT, *Allgemeine Anmerkung e) zu den „methaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“*, Akademie-Ausgabe (AA) Vol. VI, p. 33.

²⁴ *Ibidem*, p. 223: «Persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de ser objeto de imputación. La personalidad moral no es algo distinto a la libertad de un ser sensato dentro de las leyes morales...».

²⁵ VON HIRSCH, en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Strafe - Warum?*, 2011, p. 51.

²⁶ *Ibidem*, p. 51.

concreto permanece idéntico por encima de fronteras temporales». Para LOCKE, la persona sería «una relación de uno mismo, la cual está unida a la imputación de responsabilidad por los propios hechos». ²⁷ Lo decisivo para la imputación sería entonces para LOCKE la capacidad de captar las acciones imputables en la conciencia individual de cada sujeto en concreto. En la imputación de un hecho se encuentra con ello el reconocimiento de la identidad personal del sujeto en cuestión. Por consiguiente, la propiedad de persona se hace depender de la imputación de reprobación, lo cual, nuevamente, se corresponde con el pensamiento fundamental del idealismo alemán.

De este modo, existe una fuerte relación entre la concepción alemana y angloamericana con respecto al significado de la pena para fundamentar la condición de persona o moral agency. En las propias palabras de SEELMANN: «La pena se percibe como algo que de alguna manera muestra al delincuente como un sujeto de alta consideración y que le coloca en una mejor posición que lo haría una sanción sin el carácter de una reprobación, y ambas posiciones... observan que ese trato “preferente” del delincuente mediante la pena le coloca a éste en una mejor posición frente a un animal condicionado. Una pena que contiene una reprobación marca aparentemente para ambas posiciones el tratamiento del delincuente “como ser humano”, como un ente moral, como *moral agent* a través del Derecho penal» (p. 116).

Con todo, ambas concepciones se diferencian entre ellas en una primera aproximación, tal y como ha puesto de relieve Klaus GÜNTHER. El idealismo defiende un concepto individualista de la subjetividad, mediante el cual asigna al delincuente una razonabilidad individual; frente a esta concepción, ese mismo delincuente, según las reflexiones de STRAWSON, es mantenido dentro de la comunidad moral. ²⁸ La posición idealista se orienta por tanto en la razón individual y en la capacidad para la misma, mientras que el enfoque de STRAWSON se orienta en la posición dentro de la comunidad moral. No obstante, estas diferencias se difuminan al realizar una mirada más exhaustiva, ya que, por un lado, también STRAWSON hace depender la pertenencia a la comunidad moral de la capacidad de llevar a cabo razonamientos morales, es decir –según una concepción idealista– de la capacidad para la razón, mientras que, por otro lado, también en HEGEL el concepto de persona que se anuda a la razón «depende de un proceso de reconocimiento condicionado recíproco y con ello de un resultado intersubjetivo en el sentido expuesto por STRAWSON» (p. 117). Como resultado final se mantiene la concepción según la cual entre las dos aproximaciones existe ese aspecto común fundamental que se acaba de exponer: a través de la pena, el delincuente es tomado en serio como un sujeto moral.

7. Klaus GÜNTHER (pp. 123-139), en su contribución sobre una teoría de la comunicación entre el Derecho penal, el delito y la pena, parte del hecho de que las

²⁷ LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1689/1694, revisada por NIDDITCH, 1975, Cap. 27, § 26, p. 346: «Whereever a man finds what he calls himself, there I think another may say it is the same Person. It is a forensick term appropriating actions and their merit; and so belongs only to intelligent agents capable of a law, and happiness and misery».

²⁸ GÜNTHER, en: JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, p. 214.

teorías comunicativas de fundamentación penal se presentan como el resultado del desarrollo que va de una concepción de la pena de carácter instrumental –como instrumento para lograr un bienestar social– a su fundamentación autónoma como expresión de una específica moralidad política. Entendido así, un hecho delictivo se muestra sobre todo como una interacción moral entre personas autónomas, a saber, el autor como sujeto responsable, la víctima como sujeto moral, y la sociedad como tercera parte y al mismo tiempo como marco de referencia moral. La pena no está pensada para la sociedad, sino que se presenta como una reacción autónoma al hecho delictivo en forma de un reproche moral o una reprobación. Tanto los autores como las víctimas son reconocidos como actores comunicativos; la pena es un término expresivo de la reprobación, un mensaje moral al autor, víctima y sociedad. La comunicación social a través de la pena completa el elemento de la reprobación inmanente a la pena. De la función comunicativa de la pena habría que diferenciar el «tratamiento duro», el cual de forma regular (también) va asociado a aquélla.

A partir de esta base teórica, GÜNTHER intenta fundamentar la autonomía propia de la función comunicativa de la pena. La pena se presenta como la respuesta comunicativa a la acción delictiva comunicativa del autor racional, con el cual se puede por ello también comunicar (racionalmente) mediante la pena. En contraposición al sistema reinante, el cual únicamente realiza labores de comunicación *sobre* el hecho y el autor, en la base de la teoría comunicativa se encuentra el pensamiento según el cual se puede y se debe comunicar *con* el autor como sujeto responsable de la acción delictiva. Aparentemente en la base de este pensamiento se encuentra una imagen del autor concebido como un ser racional y capaz de reflexionar, el cual, a través de una serie de motivos racionales, puede ser convencido de que su conducta era errónea (especialmente, p. 127). La objeción que señala que esa imagen de autor no se corresponde con muchos acusados, resulta evidente a todas luces. Sin embargo, resulta cierto que la pena posee un contenido de carácter comunicativo. Ya en KANT y HEGEL pueden encontrarse enfoques comunicativos. Para KANT, en un hecho delictivo se encuentra la negación de la seguridad con respecto al derecho o interés lesionado. Así, en un ataque a la propiedad se pone en entredicho la seguridad, mientras que en el caso de un homicidio la seguridad de la vida. La inseguridad provocada por el delito conduce realmente a la situación del estado natural, de modo que la negación de la protección jurídica que se produce por la acción del delincuente justifica la intromisión en su derecho a través de la pena. Ello es debido a que el autor no sólo niega la seguridad y protección jurídica de su víctima y otros miembros de la sociedad, sino también su propia seguridad. Quien no reacciona a esa manifiesta violación del derecho, se involucra en la misma. HEGEL precisa este enfoque de tal manera que el hecho delictivo implica un acto normativo del delincuente que se encuentra unido a una pretensión de validez normativa, el cual debe ser refutado a través de la reacción penal, ya que de lo contrario ese acto sería válido para el futuro. A través de su conducta, el autor propone una nueva norma, su norma –la muerte por él ocasionada o el hurto por él cometido reclaman con ello validez normativa–; por ello, esa pretensión normativa –al mismo tiempo comunicativa– debe ser refutada a través de la imposición de una pena. En caso de que la lesión de la norma sea ignorada, entonces podría con ello vislumbrarse un

reconocimiento del rechazo de la norma prohibitiva que es propagado por el delincuente, por lo que, en última instancia, se quebrantaría la validez universal de esa norma. También JAKOBS reconoce la importancia comunicativa del delito, cuando él mismo afirma lo siguiente: «Una conducta humana no es sólo un acontecimiento que surte efecto en el exterior, sino que en la medida en que el ser humano abarca o puede abarcar los efectos de su conducta, esa conducta *significa* también algo, lo mismo que algo significa una frase pronunciada...».²⁹

La punición con vistas al mantenimiento de la norma presupone no obstante la legitimidad del orden normativo que se pretende proteger mediante la pena. El delincuente lesiona una norma que ha sido establecida por la sociedad, y por ello es aquél confrontado con la consecuencia que la sociedad anuda a esa lesión de la norma. Según GÜNTHER, la sociedad «comunica consigo misma», pero no con el delincuente, «el cual únicamente se ve expuesto al Derecho» (p. 131). Pero si uno, tal y como GÜNTHER reivindica, pretende fundamentar la pena desde un punto de vista comunicativo, en ese caso debe también comunicar el Derecho penal que le sirve de base (pp. 131 y ss.). En palabras de Antony DUFF: «In claiming authority over the citizens, it [el Derecho penal] claims that there are good reasons, grounded in the community's values for them to eschew such wrongs... It speaks to the citizens as members of the normative community».³⁰ La comunicación comienza ya por tanto con el Derecho penal. Ese Derecho penal se dirige a los ciudadanos con una pretensión de validez normativa que se fundamenta en la razón. Esto se manifiesta en un proceso legislativo democrático, el cual, al mismo tiempo, es requisito previo de un Derecho penal comunicativo (pp. 132-133). Un Derecho penal legitimado democráticamente, el cual se presenta como el resultado de consideraciones públicas sobre intereses contrapuestos, debe ser aceptado por todos los ciudadanos, incluido el autor del delito. Su hecho se muestra como una arrogación frente a la pretensión de validez procedente del legislador legitimado democráticamente, reivindicando aquél su desplazamiento. El autor pone su razón por encima de la del legislador, negando con ello el estatus de la víctima –y paralelamente de los otros miembros de la sociedad– como co-legislador. Como resultado final, la función comunicativa del Derecho penal, el hecho delictivo y la pena conduce a una comunicación de carácter circular, en la cual la pena comunica con el autor, la víctima y la sociedad sobre las razones que justifican la legislación penal y las razones injustificables del delincuente (p. 133).

Teniendo en cuenta este círculo cerrado de comunicación se plantea ahora sin embargo la pregunta de si, además, resulta necesario el arriba mencionado tratamiento duro como elemento adicional de la pena. Una tal reacción desmedida es considerada necesaria por muchos autores, entre los que hay que considerar a DUFF, citado por el propio GÜNTHER, ya que únicamente entonces se substancializa la comunicación de forma completa o por lo menos suficiente (pp. 133-134, con citas a DUFF, JAKOBS y HÖRNLE). A ello le contrapone GÜNTHER una escala gradual del contenido de injusto de cada hecho delictivo en particular; escala que puede ser expresada en la

²⁹ JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª Ed., 1993, p. 9 (cursivas en el original).

³⁰ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 2001, p. 80.

correspondiente sentencia condenatoria. Además, el mencionado autor observa una incompatibilidad entre la comunicación y el tratamiento duro en la medida que con respecto a este último, por lo menos en los casos de imposición de una pena privativa de libertad, el delincuente resulta excluido de la comunicación. Sin embargo, con esta argumentación GÜNTHER olvida la capacidad de diferenciación del moderno Derecho penitenciario, con sus numerosas posibilidades de una ejecución penal relajada, así como las posibilidades de tratamiento y contacto del recluso con el exterior. De un modo general, GÜNTHER muestra una visión bastante tosca de un sistema de ejecución penal que está orientado a la resocialización (§ 2 de la Ley de Ejecución Penal alemana, *Strafvollzugsgesetz*, StVollzG). Sea como fuere, GÜNTHER, acudiendo para ello a las teorías de las acciones comunicativas, las cuales ya en el propio discurso vislumbran un carácter penal (pp. 135-138), subraya que la reprobación o reproche moral que se manifiesta en la comunicación supone ya un tratamiento autónomo y suficiente, aun cuando no concurren conductas más allá de la comunicación lingüística (a saber, el ya mencionado tratamiento duro). En un contexto intersubjetivo, esta acción comunicativa se engarza siempre con una estructura normativa: Un sujeto presupone el reconocimiento del delincuente como persona y éste exige una fundamentación y justificación de la pena. Es en este punto donde se muestra claramente el punto de partida de las reflexiones de GÜNTHER, a saber, el reconocimiento de los ciudadanos como actores comunicativos y co-legisladores en un Estado democrático y de Derecho, el cual reacciona a un hecho delictivo con un procedimiento penal comunicativo, a cuya finalización se encuentra una sentencia concebida como un acto comunicativo (pp. 138-139). Si bien la imposición de la sentencia, desde un punto de vista institucional, se encuentra en relación con el tratamiento duro, no deben dichos actos ser considerados en una unidad, sino que lo pueden ser de manera separada. Frente al autor del delito, el mensaje comunicativo inherente al pronunciamiento de la sentencia despliega un efecto desde una doble perspectiva: por un lado, su conducta es calificada como un injusto; por otro lado, su pretensión de validez normativa es rechazada de forma justificada, ya que aquél ha lesionado las reglas de la comunicación en una sociedad democrática. La fundamentación de un orden normativo así protegido no se presupone ciertamente, sino que es el resultado de un discurso racional y de un proceso de creación de las normas.

8. Michael TONRY (pp. 141-165) aborda la cuestión relativa a si una «pena merecida» resulta realmente posible en un mundo injusto. En concreto hace referencia a la problemática discutida sobre todo en Estados Unidos por parte de autores como Jeffrey MURPHY, Ted HONDERICH y Anthony DUFF, conocida con el nombre de «unjust world problem», según la cual la justificación moral de la pena presupone en principio unas relaciones sociales justas o lo más justas posibles o, dicho de forma negativa, aquellas relaciones sociales injustas o desiguales conllevan *a limine* la imposibilidad de una justificación moral de la pena. Andreas VON HIRSCH lo ha expresado en los siguientes

términos: «as long as a substantial segment of the population is denied adequate opportunities for a livelihood, any scheme for punishing must be morally flawed».³¹

Ahora bien, VON HIRSCH no ha extraído de ello consecuencia alguna para la concreta determinación de la pena, sino que, ya desde su obra fundamental «Doing justice» ha venido siempre defendiendo la idea de que cualquiera que sea el perjuicio social al que se ve expuesto un determinado delincuente, aquél no justifica la atenuación de una pena que por otro lado resulta merecida.³² Pues bien, TONRY pone en duda la ausencia de consecuencias del «unjust world problem». Para este autor, la posición de VON HIRSCH resultaría absolutamente comprensible y defendible en el contexto de la discusión norteamericana desarrollada en los años 1970 en torno a la determinación de la pena; ahora bien, la misma debería ser repensada a la luz de la sustitución de las penas indeterminadas por una serie de directrices en la determinación de la pena («sentencing guidelines»), así como teniendo en cuenta la irrefutable evidencia empírica con respecto a las repercusiones que un entorno socioeconómico negativo («rotten social background») tiene sobre las conductas desviadas. Por ello, TONRY concluye a partir de una serie de estudios que los individuos en puridad toman decisiones morales, si bien los marcos en los que se toman esas decisiones varían enormemente unos de otros, teniendo estos una influencia causal comprobable en la clase de decisión que se toma. En este sentido, el juez norteamericano David BAZELON ha desarrollado la formulación de una denominada «social disadvantage defence», es decir, una causa de exclusión de la pena por razón de una situación de desventaja social. Una causa de exclusión de la pena como la descrita podría fundamentarse de forma semejante a la exclusión de la penalidad en caso de enfermedad mental («insanity defence»). Su eventual aplicación quedaría a discreción del juez o del jurado. Hay que decir que la propuesta de BAZELON fue prácticamente ignorada por la praxis judicial. También la discusión científica formuló una serie de reparos a dicha propuesta, de forma particular por Stephen MORSE,³³ el cual rechazó la necesidad de una causa de exclusión de la pena como la descrita ya que, según él, el Derecho vigente tiene ya en cuenta situaciones como las descritas. Sin embargo, TONRY sigue la propuesta expuesta por BAZELON, ya que, según el primero, resultaría más honesto absolver a aquellos delincuentes cuando su capacidad para controlar sus conductas se encuentra tan limitada por sus condiciones de vida, de tal manera que uno no puede imputarle su delito de manera justa.³⁴

Por lo demás, TONRY considera por lo menos justificable una atenuación de la pena. Desde un punto de vista retributivo, ello se derivaría del hecho de que el delincuente que se encuentra en una situación de desventaja social por razón de su entorno, ha sido por decirlo así arrastrado hacia el hecho delictivo, por lo que resulta

³¹VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, 1976 (citado aquí según la reimpresión del año 1986), p. 149.

³² Cfr. VON HIRSCH, *Past and Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in Sentencing Criminals* 1985; VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, p. 106; VON HIRSCH/ASHWORTH, cit.

³³ MORSE, *Southern California Law Review* 49 (1976), p. 1246 (p. 1247).

³⁴ TONRY, p. 155 («It would be open and honest to authorise acquittals when the fact-finder concludes the defendant's behavioural controls have been impaired by life circumstances to such a degree that they cannot justly be held responsible for their acts»).

portador de un grado de culpa menor que aquel otro sujeto que no sufre ese tipo de desventaja. Desde una perspectiva consecuencialista, el en todo caso escaso efecto preventivo de penas severas justifica una atenuación de la pena para aquellos delincuentes expuestos a una situación de desventaja social. Al clásico contra-argumento expuesto por VON HIRSCH, según el cual la pena merecida debe orientarse únicamente al delito que es enjuiciado y que las condiciones de vida del autor no son «the law's business», responde TONRY que, por lo menos en la práctica norteamericana, la conducta que es objeto de enjuiciamiento, así como las disposiciones penales que son para ello aplicadas («conviction offence») no integran la conducta delictiva total que sirve de base a la persecución penal. Ello vendría explicado por el amplio protagonismo que tiene el guilty plea, el cual entra en acción en un 95-98% de todas las condenas, contribuyendo a que el acontecimiento delictivo real se difumine hasta lo irreconocible. De este modo, la base judicial para la determinación de la pena tiene poco o nada que ver con el real curso legal del hecho delictivo. Las «conviction offence(s)» que han sido negociadas no reflejan tampoco en modo alguno la efectiva gravedad del hecho delictivo, sino más bien la destreza o torpeza de la defensa a la hora de llevar a cabo la negociación. Por último, TONRY considera que la desventaja social es parte de la culpa que sirve de base a la determinación de la pena, asignando a aquélla una función de atenuación punitiva hacia abajo, la cual, en caso extremos, podría incluso conducir a una completa renuncia a la imposición de una pena –conforme a los casos denominados asesinatos por misericordia («mercy killings»). La exposición que realiza TONRY con respecto a la intensa discusión en el ámbito norteamericano en lo relativo a la consideración de la existencia de una desventaja social tanto a nivel de la imputación del hecho delictivo en sentido amplio, como en el contexto de la determinación de la pena, podría resultar también muy interesante en el contexto alemán. En dicha argumentación se pone de manifiesto una gran sensibilidad frente la desigualdad social y en el significado de esa desigualdad para la legitimación del sistema de justicia penal concebido como un todo.

III. MOTIVOS PARA LA CRIMINALIZACIÓN («BIENES JURÍDICOS, HARM AND OFFENCE IN CRIMINALISATION»)

9. Tatjana HÖRNLE (pp. 169-185) desarrolla su teoría de la criminalización basada en «los derechos de los demás» mediante una discusión con el «harm principle» norteamericano y la, en su opinión, no convincente alternativa del «legal moralism» (criminalización sobre la base de valoraciones morales). HÖRNLE vislumbra la fortaleza del harm principle en su localización en el liberalismo político –así, la mencionada autora hace referencia de forma acertada a la fundamentación realizada por John Stuart MILL en su obra «On Liberty»–,³⁵ si bien se ocupa de forma crítica con su orientación consecuencialista –énfasis de las consecuencias negativas que el hecho delictivo provoca en la víctima («making another worse off in a way which affects his future wellbeing»)³⁶ En su opinión, no cualquier daño que se origina debe ser imputado a las

³⁵ MILL, *On Liberty*, 1859. Véase al respecto también: AMBOS, en: FS Wolter, 2013, p. 1293.

³⁶ RAZ, *The morality of freedom*, 1986, p. 414.

personas y sancionado con una pena. Al mismo tiempo, el Derecho penal no tiene como tarea impedir los daños como tales, sino únicamente aquellos que unas personas infligen a otras, eso sí, de forma antijurídica. Por ello, al harm principle debe añadirse como un requisito adicional la antijuricidad («wrongfulness») de la conducta que ocasiona el daño.

En todo caso, el harm principle está expuesto a una doble crítica dentro del marco anglo-americano. Por un lado, el mismo no ha impedido la por doquier observable expansión del Derecho penal, sino que más bien ha sido incluso utilizado para su justificación –criminalización para impedir daños lejanos–.³⁷ HÖRNLE rechaza esa crítica de forma acertada, ya que en la base de dicha crítica se encuentra un concepto de imputación naturalista que va demasiado lejos –criminalización o bien sanción como reacción frente a cualquier daño atribuible a una conducta humana–³⁸ en lugar de recurrir a consideraciones de imputación de tipo normativo (doctrina de la imputación objetiva, «fair imputation»). Frente a ello, HÖRNLE considera mucho más convincente la segunda crítica teórica y conceptual: Existen acciones sin repercusiones dañinas (visibles o sensibles), las cuales –por ello– no pueden ser abarcadas de modo fundamental por el harm principle, pero que sin embargo exigen probablemente una reacción penal. Como ejemplos expone ofensas, allanamiento de morada inadvertido o bien delitos sexuales cometidos sobre víctimas en estado inconsciente. Común a todos estos casos es que no puede ser determinado un daño concreto en sentido naturalista, por lo menos en el momento de comisión del hecho, si bien intuitivamente parece adecuado imponer una reacción penal. Para que esa intuición resulte concebible desde una perspectiva jurídica, HÖRNLE recurre a la lesión jurídica inmanente a esos hechos delictivos, ya sea la lesión directa de la víctima (de su esfera privada o de su autodeterminación sexual), o bien de otras personas cercanas.

HÖRNLE pretende delimitar la doctrina de lesión jurídica así desarrollada del arriba mencionado legal moralism, ya que la mezcla que le sirve a éste de base entre moral y conceptos jurídicos –lo cual se expresa, por ejemplo, en la expresión «moral wrongs»– difumina la frontera entre conductas jurídicamente aceptadas y aquéllas prohibidas. La referencia a la moral hace en puridad imposible una limitación del Derecho penal, ya que la misma priva al discurso penal minimalista de cualquier base de tipo racional. El argumento que también es defendido en Alemania en torno al aseguramiento penal de concepciones morales fundamentales de cara a la estabilización de la sociedad o incluso del sistema³⁹ lo considera HÖRNLE como ciertamente plausible cuando puede mostrarse que una determinada prohibición resulta necesaria para con ello impedir la disolución de la cohesión social.⁴⁰ A lo sumo, HÖRNLE considera defendible una forma de moralismo

³⁷ En relación a la mencionada crítica véase: AMBOS (2013), cit., pp. 1303-1304, con bibliografía complementaria.

³⁸ Cfr. HÖRNLE, p. 174 («attribution of personal responsibility cannot be the default position for everybody who has made any causal contribution»).

³⁹ Cfr. por ejemplo: STRATENWERTH, *infra* nota núm. 56 y texto principal.

⁴⁰ HÖRNLE, p. 177 («need to make the point that a *specific prohibition* is necessary to prevent a weakening of societal cohesion»).

debilitado en el sentido del «modest legal moralism» propuesto por Anthony DUFF,⁴¹ ya que, según esta concepción, la punición de la inmoralidad únicamente puede quedar justificada en caso de un injusto de carácter público («public wrong»), es decir, un injusto que atañe a la colectividad y que por tanto necesita una respuesta colectiva. En todo caso, la citada autora considera exagerado la confrontación dualista entre harm principle y legal moralism, proponiendo en su lugar una diferenciación tripartita («tripartite approach»), mediante la cual entre la moral pura (primer nivel) y el derecho positivo (tercer nivel), inserta un segundo nivel de argumentos jurídicos pre-positivos.

A continuación, la exposición que realiza HÖRNLE de la doctrina de la lesión jurídica la fundamenta en la doctrina *kantiana* relativa a la función del Derecho como protección de las esferas de libertad del sujeto individual frente a lesiones o ataques de terceras personas (p. 179). Los derechos los entiende la citada autora como derechos de defensa subjetivos, los cuales son definidos en un Estado constitucional a través de los derechos fundamentales establecidos en la Norma Fundamental y como tales pueden desplegar efectos ante terceros a través de obligaciones estatales de protección y, con ello, por lo menos de forma indirecta, tienen también vigor entre sujetos privados. En este sentido *kantiano*, estos derechos podrían ser concebidos, desde una perspectiva pre-jurídica (constitucional), también como derechos (condiciones de libertad igual). Allí donde existen codificaciones de naturaleza constitucional debería sin embargo seguirse esa codificación. Concebidos como derechos subjetivos, los derechos fundamentales de defensa serían disponibles de forma ilimitada, de tal forma que –en contra de la conocida sentencia del caso «Peep-Show» emitida por el Tribunal Administrativo Federal germano—⁴² la dignidad humana no resultaría afectada cuando las mujeres aparecen voluntariamente en un Peep-Show. El argumento se encuentra y se inserta lógicamente en la autonomía de la «elección del trabajo» de las mujeres afectadas. Únicamente cuando uno acepta sin ambages esa argumentación, puede entonces la misma conciliarse sin mayores problemas con las posiciones afines a la normativa penal defendidas por HÖRNLE en el ámbito del Derecho penal sexual.⁴³

Ahora bien, ¿cómo pueden estos derechos fundamentarse en un Estado que no posee una Constitución escrita? Al respecto, HÖRNLE considera problemática una argumentación ontológica y pre-jurídica según la cual se afirma la existencia de estos derechos sin necesidad de un proceso de creación legislativa, por lo que la citada autora –de forma conscientemente prudente– pretende hablar más bien de demandas de derechos («right claims»). Se trata en este caso, por tanto, no de una manifestación descriptiva, sino más bien prescriptiva, según la cual algo debe ser reconocido como derecho, tratándose entonces de aportar razones convincentes que lleven a cimentar esas demandas de reconocimiento jurídico y, al mismo tiempo, de protección frente a intromisiones por parte de terceros. También en relación a esto subraya HÖRNLE nuevamente la diferencia con respecto a los derechos morales o bien los derechos fundamentados moralmente, de los cuales no puede ciertamente extraerse una

⁴¹ DUFF, *Criminal Law and Philosophy* 8 (2014), p. 217.

⁴² BVerwGE 64, 274.

⁴³ Cfr. recientemente: HÖRNLE, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2017, pp. 13 y ss.

demanda de protección penal. Únicamente los «legal rights» pueden fundamentar una tal demanda de protección penal, y ello cuando se atenta contra la esfera de libertad personal. Este concepto de libertad se convierte por tanto en el umbral, es decir, en la condición para una reacción penal. En el modelo descrito, los derechos o principios morales ostentan únicamente una función de exclusión o de filtro negativo de cara a una fase posterior, a saber, cuando por razón de una lesión jurídica resultaría en principio adecuada una reacción de carácter penal, si bien la misma, sin embargo, contravendría principios morales y, por ello, debe por tanto resultar excluida. Ahora bien, cuando la razón profunda de la criminalización está en la lesión jurídica o de la libertad individual, es decir, si esas lesiones jurídicas son como tales «prima facie reasons for criminalization» (p. 184), en ese caso se plantea la pregunta en torno a la cualidad de la libertad menoscabada, la cual debe justificar una reacción de carácter penal. En última instancia, HÖRNLE pretende determinar todo esto según la importancia del ataque al ser de la persona o bien la personalidad de la víctima, cuando señala: «The more intimate a sphere of liberty is tied to the idea what it means to be a person, the more should freedom from others' intrusions be considered intrinsically valuable» (p. 185). Ello naturalmente requiere –al igual que sucede con todas las teorías abstractas de criminalización– ser concretado, corriendo el peligro de favorecer soluciones decisionistas basadas en el case-by-case.

10. Winfried HASSEMER (pp. 187-204) se sirve de las reflexiones planteadas por VON HIRSCH en torno al «harm principle (principio del daño)⁴⁴ para comparar dicho principio con el principio del bien jurídico.⁴⁵ Para ello, HASSEMER resume ambos principios bajo el paraguas común de la orientación al daño por parte del Derecho penal. Dichos principios estarían de acuerdo en relación a la finalidad de la limitación de la pena estatal a través de la orientación hacia el ser humano, es decir –en el sentido de su concepto de bien jurídico de carácter personal–⁴⁶ en la lesión de aquellos bienes jurídicos que se atribuyen al ser humano. Se trata por tanto, en su núcleo fundamental, de principios liberales, limitadores del Derecho penal, si bien un efecto limitador del Derecho penal como el descrito debería tener únicamente la función crítica del sistema, no así una

⁴⁴ Cfr. Especialmente: VON HIRSCH, en: EL MISMO, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, pp. 69 y ss.

⁴⁵ Únicamente de pasada señala antes HASSEMER (p. 189) que el propio VON HIRSCH, en relación con la justificación de la pena, confronta la pareja conceptual proporcionalidad del hecho/reprobación con la en Alemania tradicional pareja conceptual justicia (retribución)/orientación a las consecuencias (prevención). Al respecto, HASSEMER duda de la compatibilidad de la primera de las dos parejas conceptuales con la prevención general positiva, ya que la reprobación se refiere sobre todo al autor de delito en concreto y a su hecho, dejando de lado las repercusiones de la pena para el conjunto de la sociedad.

⁴⁶ Según esta concepción, los bienes jurídicos protegen ante todo personas, es decir, seres humanos, y sólo derivado de ellos se protegen las instituciones que sirven a esos sujetos, como por ejemplo el medio ambiente o el servicio de salud: «Mientras que los seres humanos vivan en sociedad, se trata siempre y en todo caso de la fórmula «tanto en un caso como en otro», y en el Derecho penal las instituciones que se protegen siempre tienen razonablemente que ver con personas» (p. 190).

concepción del bien jurídico puramente inmanente al sistema, sino una dirigida a cumplir con una función de orden.

Por otro lado, el principio del daño y el relativo a los bienes jurídicos garantizan la transparencia y determinación del Derecho penal y con ello su cercanía al ciudadano. En este sentido, resulta inquietante el apartarse del Derecho penal nuclear ya que ello conduce a que se difumine el concepto de bien jurídico –ya que con ello no se protegerán únicamente bienes jurídicos nucleares, sino también los denominados modernos bienes jurídicos–, con lo cual se pone en peligro la función de limitación jurídico-estatal. Junto a la transparencia y la determinación se une también la uniformidad, la cual proporciona un claro concepto de la orientación hacia el daño –concebida como una respuesta clara y unitaria a la necesidad de la pena–. El principio del daño proporciona también por sí sólo –sin necesidad por tanto de recurrir a ulteriores consideraciones de imputación– una respuesta a la pregunta sobre la punición legítima de amenazas y peligros: Del mismo modo que un peligro manifiesto puede presentar ya por sí mismo un daño, puede también un daño amenazante suponer –en sentido jurídico– una lesión del bien jurídico. Decisivo en la cuestión relativa a la legitimidad de la injerencia a través de la pena estatal en estos casos de anticipación penal sería el peso del interés que resulta amenazado (bien jurídico) y la intensidad del ataque a ese bien jurídico, o bien la intensidad de la amenaza. Finalmente, HASSEMER considera posible un favorecimiento de la moral social a través del Derecho penal, protegiendo éste, en palabras del propio WELZER «valores elementales de la vida en comunidad».⁴⁷ En estos casos, la prevención general *positiva* pone sin embargo el acento en el entendimiento en lugar que en la intimidación: la aplicación homogénea, pública y proporcionada del Derecho penal fomenta el entendimiento de los ciudadanos en una moral social, la cual es asegurada por el Derecho penal.

Sin embargo, HASSEMER reconoce límites al principio del daño y al relativo al bien jurídico. Con respecto a los ya mencionados modernos bienes jurídicos, el concepto de bien jurídico se amplía hasta lo necesario, para con ello tener en cuenta la necesidad de protección afirmada. Por el contrario, el principio del daño constituye un principio argumentativo, el cual como tal puede hacerse valer en un eventual conflicto por un Derecho penal jurídico-estatal, pero que sin embargo no tiene una «potencia de estar colocado por sí solo». El mismo se encuentra en relación con otros principios fundamentales del derecho constitucional de carácter jurídico-penal, como por ejemplo el mandato de determinación o el principio de proporcionalidad, por lo que «necesita de ese entorno para con ello desplegar sus efectos» (p. 204). Después de todo se mantiene entonces el potencial fundamental del principio del daño y aquél relativo al bien jurídico para limitar la intervención del Derecho penal, si bien con ello no se impide la dilatación del Derecho penal exigida político-criminalmente.

11. También DUFF y MARSHALL (pp. 205-223) se ocupan del «harm principle», si bien estos, al contrario que la opinión mayoritaria, pretenden distinguir entre dos principios. En la formulación clásica de MILL –el cual se ha referido a cualquier clase de

⁴⁷ Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª Ed., 1969, § 1 I.

coerción estatal⁴⁸ y FEINBERG –según el cual existe una buena razón («good reason») para la criminalización cuando mediante la misma se pueden evitar de forma efectiva daños procedentes de terceros⁴⁹ ven los autores arriba citados un denominado Harm Prevention Principle, es decir, un principio mediante el cual podría estar justificada la criminalización para impedir (preventivamente) la producción de un daño. En el polo opuesto, tanto VON HIRSCH como SIMESTER partían de un «Harmful Conduct Principle», según el cual también debería partirse de una conducta, teniendo uno solamente una buena razón para criminalizarla cuando la misma daña a otros sujetos.⁵⁰ En ese caso, uno podría pensar que el principio que se acaba de mencionar es absorbido dentro del Harm Prevention Principle –concebido como principio superior–, es decir que todos los casos de conductas dañinas son en todo caso legítimamente criminalizables, cuando con ello se evitan actos dañinos. No obstante, DUFF y MARSHALL pretenden realizar una diferenciación, argumentando que existen casos los cuales únicamente pueden ser criminalizados sobre la base del Harmful Conduct Principle, ya que con ello se expresa un determinado contenido de injusto que merece una reprobación de carácter penal (p. 207). Además, ambos principios permiten abrir dos caminos distintos para la justificación de la criminalización, suministrando los dos «una buena razón» para la criminalización.

A continuación, ambos autores fundamentan su punto de vista cuando discuten por un lado el Harmful Conduct Principle teniendo en cuenta los denominados «remote harms», es decir, daños lejanos, y por otro el Harm Prevention Principle en relación con normas de conducta de carácter penal-administrativo («regulatory offences»)⁵¹. La referencia a daños remotos se presenta como una expansión del Harmful Conduct Principle, ya que con ello se abarca no sólo la conducta inmediatamente dañina, sino también –con vistas a la producción del daño– la conducta de riesgo. Por todo ello podrían diferenciarse tres grupos de casos, a saber, la intervención de terceros, las acciones dañinas cumulativas y las puestas en peligro de carácter abstracto (pp. 209 y ss.). En todos estos casos se plantea lógicamente la pregunta de dónde transcurre la frontera de la criminalización. A ello dan DUFF y MARSHALL respuestas parciales y en todo caso dependientes de cada caso en concreto. Así, en el grupo de casos relativos a la intervención de terceros –piénsese por ejemplo en el caso de un aseguramiento no suficiente de un arma, la cual es utilizada por un tercero para matar a una persona–

⁴⁸ Cfr. MILL, cit., Cap. 1 parágrafo 9, p. 21 (any «compulsión and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion»).

⁴⁹ FEINBERG, *Harm to Others*, Vol. 1, 1984, p. 26; con respecto a FEINBERG véase también AMBOS (2013), cit., pp. 1296-1298.

⁵⁰ SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, 2011, Cap. 4, pp. 53 y ss.

⁵¹ Desde una perspectiva alemana se trata –conforme a las infracciones administrativas germanas (Ordnungswidrigkeiten)– simplemente de un injusto de carácter administrativo. Hay que decir que el Derecho alemán no ha seguido esta clasificación, de tal manera que también las regulatory offences son hechos delictivos («offences»). El intento de despenalización que intentó la Law Comisión no tuvo éxito alguno. Cfr. http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/06/cp195_Criminal_Liability_consultation.pdf.

ambos autores exigen una relación de injusto entre la conducta y el daño potencial, es decir, en palabras de VON HIRSCH, una relación de imputación normativa, mediante la cual el hecho delictivo cometido por el tercero se le puede imputar de forma justa («fair») al causador originario.⁵² Con respecto a los casos de causación de daños cumulativos –por ejemplo, desviación de residuos químicos en aguas; residuos que no obstante sólo en determinadas cantidades conducen a daños medioambientales– DUFF y MARSHALL consideran que todo debe depender de si la conducta en cuestión era suficientemente dañina o bien portadora de un riesgo, para con ello producir el daño que se pretende evitar. En el ámbito de la peligrosidad abstracta, ambos autores discuten utilizando el ejemplo de la conducción bajo los efectos del alcohol, cuya criminalización, en última instancia, podría resultar justificada únicamente mediante el Harm Prevention Principle, no así a través del Harmful Conduct Principle, ya que hay personas que, a pesar de haber consumido grandes dosis de alcohol, no ven alteradas con ello sus capacidades de conducción, por lo que su conducta en sí no resulta dañina. En general, el Harm Prevention Principle se muestra como una vía fácil para fundamentar la criminalización en los denominados remote harms, ya que en estos casos la pregunta de la imputación no se plantea de la misma manera y tampoco la exigencia de la antijuricidad de la conducta no resulta indispensable para la criminalización. Ahora bien, esto podría fácilmente conducir a una sobre-criminalización, ya que uno, partiendo de razones preventivas, podría fundamentar que se criminalizase también una conducta de por sí inocua, ya que –se piensa– esa criminalización podría razonablemente evitar el nacimiento de daños futuros. Por ello, resulta necesaria una restricción del Harm Prevention Principle; restricción que DUFF y MARSHALL vislumbran en la anteriormente mencionada exigencia de injusto, la cual no obstante debe ser establecida a través de normas de conducta de naturaleza administrativa. Con ello, la pregunta decisiva es la relativa a por qué «buenas razones» uno debe regular una determinada conducta a través del ordenamiento administrativo, para con ello impedir daños a terceras personas, y –en un segundo nivel– cómo deben imponerse esas regulaciones de naturaleza administrativa, es decir, si para su imposición efectiva resulta necesaria una criminalización (penal). En última instancia, esto depende realmente del concreto contenido de injusto de la violación de la norma, de tal manera que uno no puede evitar la fundamentación del injusto material ni tampoco de la justificación de determinadas graduaciones del injusto. La regulación de naturaleza administrativa que se promulga en un primer nivel soluciona en puridad el problema de la exigencia de injusto –la violación de la norma constituye una conducta ilícita– si bien aquélla no contesta a la pregunta de en qué casos se está delante de un injusto tan grave («public wrong»), de tal manera que resulta justificada una criminalización. También se observa claramente que ambos Harm Principles utilizan distintos caminos para la criminalización: el Harmful Conduct Principle adopta un camino directo, ya que todo depende únicamente de las buenas razones para la criminalización de la conducta antijurídica y dañina; el Harm Prevention Principle un camino indirecto, ya que uno primeramente –también por buenas razones– debe aprobar reglas de naturaleza administrativa destinadas a dirigir la conducta, para sobre esa misma base pensar si hay (ulteriores) buenas razones para criminalizar su

⁵² Cfr. VON HIRSCH, en: SIMESTER/SMITH (eds.), *Harm and Culpability*, 1996, p. 229.

lesión. También resulta convincente que nosotros, como ciudadanos de una *polity* republicana, por razón precisamente de las obligaciones de solidaridad que resultan inherentes a ésta —«associative duties that belong with citizenship» (p. 222)— debemos respetar esas reglas de conducta de carácter administrativo.

12. Nina PERŠAK (pp. 225-245) trata fundamentalmente de concretizar el concepto de harm mediante la escala de la cualidad de vida («quality of life»). Dicha autora destaca por un lado la necesidad de medir empíricamente el daño, si bien por otro lado reconoce que la cuestión relativa al daño (penalmente relevante) es en puridad de carácter normativo, tratándose de la determinación del umbral de intromisión relevante (pp. 226-229). Ya en anteriores publicaciones, PERŠAK considera posible determinar una relación entre harm y los intereses de bienestar, a saber, la cualidad de vida. Para ello, la citada autora remite especialmente a un exhaustivo trabajo elaborado por VON HIRSCH y JAREBORG, donde estos señalan entre otras cosas que «avoidance of pain is in itself essential to the quality of a person's life». ⁵³ Estos autores han intentado determinar la gravedad de una lesión de una norma de naturaleza penal según el modo en que dicha conducta ha repercutido en los estándares de vida de las víctimas, extrayendo de ello distintos factores. ⁵⁴

PERŠAK considera este modelo como un trabajo pionero, si bien pretende remplazar su núcleo fundamental y objeto central de referencia —el concepto del estándar de vida («living standard»)— por el de cualidad de vida («cualidad de vida»). Ello lo fundamenta en que el primero de los conceptos reseñados está enfocado de una forma demasiado económica y materialista, mientras que la cualidad de vida se plantea de forma más amplia, incluyendo también valores de carácter inmaterial, si bien ello no le impide reconocer a PERŠAK que VON HIRSCH y JAREBORG pretendían también considerar ciertos intereses no económicos. La propia PERŠAK pretende definir la cualidad de vida no sólo en lo relativo a la disponibilidad de bienes fundamentales, sino también a partir de la posibilidad de conservar estos o bien adquirirlos. ⁵⁵ En el intento de afinar aún más el concepto poco concreto relativo a la cualidad de vida, PERŠAK distingue cuatro clases de intereses, los cuales constituyen la cualidad de vida y que, por tanto, pueden resultar dañados: intereses físicos (por ejemplo, la integridad corporal), atención primaria de carácter material-económica (por ejemplo, vivienda, alojamiento y educación), intereses psicológicos (por ejemplo, necesidades de salud mental), así como intereses

⁵³VON HIRSCH/JAREBORG, en: VON HIRSCH/ASHWORTH, cit., p. 187.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 182, donde ambos autores (1) parten de determinadas suposiciones en cuanto a los recursos e intereses de una persona; (2) miden la cualidad de vida de una persona con un promedio de un años; (3) proponen un esquema de cuatro escalones con respecto a categorías de los estándares de vida (subsistencia, estándares de vida mínimos, un estándar de vida adecuado y un estándar de vida completo; teniendo en cuenta que la gravedad de la intromisión se determina en función del escalón afectado); y (4) aplican la conducta dañina a tres ámbitos, a saber, la integridad física, el bienestar material y la esfera privada/la libertad frente a humillaciones. En correspondencia, ambos autores proponen distintos grados del daño, los cuales van desde un daño extremadamente grave (muerte), aquél de gravedad media hasta daños de carácter leve (donde el estándar de vida resulta afectado de forma marginal).

⁵⁵ PERŠAK, p. 233 («...capabilities of pursuing these goods»).

normativos (condiciones de vida que cumplen con determinados estándares y valores mínimos).⁵⁶ A continuación, PERŠAK concretiza estos intereses, observándose que la diferencia con respecto a VON HIRSCH y JAREBORG se encuentra en que la mencionada autora reconoce una serie de intereses de naturaleza psicológica, algo que los dos últimos autores niegan de forma explícita al considerar que los mismos carecen de una suficiente determinación. Sin embargo, hay que señalar que la cuarta dimensión normativa del modelo de PERŠAK resulta si cabe aún más indeterminable, teniendo en cuenta que en su núcleo fundamental se encuentra el etéreo concepto de la dignidad humana –definido por VON HIRSCH y JAREBORG como libertad frente a humillaciones–, lo que da lugar a que la cuestión relativa a la gravedad de la injerencia y el umbral de dicha injerencia se coloque en un primer plano. De este modo, ambos modelos se encuentran ante el problema relativo a definir el punto a partir del cual un ataque al estándar de vida o la cualidad de vida resulta tan grave, de tal manera que una reacción de carácter penal se considera necesaria y justificada. En última instancia, ambos enfoques, tal y como reconoce la propia PERŠAK, se diferencian de manera únicamente marginal;⁵⁷ las cuatro diferencias por ella mencionadas se muestran como espúreas.⁵⁸ La semejanza entre ambos enfoques se vislumbra especialmente en la acentuación de la gravedad del ataque a los intereses mencionados –suave, moderado, serio o grave–⁵⁹, ya que al respecto no existe ni siquiera una gran diferencia en lo relativo a la escala gradual.⁶⁰

Por otro lado, el modelo de PERŠAK adolece de la circunstancia de que, según señala la propia autora, el mismo únicamente puede resultar aplicable sin reparos en el contexto europeo, pero que sin embargo y por regla general, el mismo depende del contexto cultural. Ello es realmente cierto, ya que la concepción con respecto a la cualidad de vida resulta distinta entre los países y las culturas, lo cual, por lo demás, también puede decirse en relación al ámbito europeo. PERŠAK se refiere en puridad a Europa, y más concretamente a la Unión Europea, y sólo de pasada a los EE.UU., si bien al respecto debe la autora reconocer enormes diferencias en sus factores tenues de la cualificación de la cualidad de vida. Acto seguido, PERŠAK se anticipa a la objeción según la cual un amplio concepto de la cualidad de vida como el descrito podría justificar cualquier tipo de intervención penal, incluso ante meros actos (públicos) de carácter incívico («incivilities»), intentando delimitar su concepción de los discursos sobre la

⁵⁶ *Ibidem*, p. 234.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 237 («... a lot remains the same»).

⁵⁸ Las cuatro diferencias mencionadas por PERŠAK muestran una distinta relevancia: (1) Énfasis del harm como lesión o retroceso de intereses que resultan indispensables para el cumplimiento de la cualidad de vida; (2) La finalidad de su modelo no sería tanto preparar decisiones de cara a la determinación de la pena, sino más bien proponer una base para la justificación de la criminalización –completamente en el sentido de la doctrina tradicional del harm–; (3) Su modelo contiene una dimensión psicológica, por lo que aborda especialmente la categorización victimológica de los daños; y (4) La mencionada autora conceptualiza de forma un tanto distinta los intereses afectados (véase para ello *supra* el texto principal). Véase al respecto: PERŠAK, cit. p. 237.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 238.

⁶⁰ VON HIRSCH/JAREBORG, cit., p. 213, los cuales nombran una escala de seis variables, las cuales se diferencian entre ellas sólo por la terminología.

seguridad pública, los cuales apelan en última instancia al mantenimiento de una determinada cualidad de vida para con ello justificar la criminalización. La mencionada autora pretende entender su concepción de cualidad de vida como limitadora de la intervención penal, si bien debe reconocer que la misma resulta apta para una expansión penal que puede incluso conducir a la punición de meros actos incívicos o determinadas indecencias (p. 243). Con todo, ello no debería conducir a abandonar el concepto de cualidad de vida, sino que más bien éste debería ser precisado según las reflexiones de la propia autora. Ahora bien, en opinión del autor de esta reseña, PERŠAK no ha sido capaz de abordarlo de forma convincente.

13. Wolfgang WOHLERS (pp. 247-265) analiza posibles restricciones de carácter jurídico-estatal a la hora de castigar conductas molestas en espacios públicos, partiendo para ello del ejemplo de caminar desnudo por la calle. ¿Puede esta conducta –como así ocurre en el Derecho penal especial cantonal en el caso de Suiza– ser considerada como una burda lesión de la moral y la decencia, mostrándose por ello como merecedora de pena? WOHLERS lo analiza mediante los tres principios de restricción que resultan fundamentales, a saber, la doctrina del bien jurídico, la doctrina de los delitos de conducta y el principio –defendido por FEINBERG– de la ofensa («offence principle», que será analizado a continuación).

La doctrina del bien jurídico es, como se sabe, objeto de crítica por parte de WOHLERS. Su función sistemática inmanente no aporta nada a la cuestión que aquí se plantea, ya que la misma únicamente fija el orden de los tipos penales. Pero tampoco su función crítica al sistema considera WOHLERS que sea especialmente fecunda. Así, la despenalización de conductas como la sodomía o la homosexualidad no podrían resultar justificadas atendiendo a criterios relativos al bien jurídico, sino que más bien habría que atribuir aquélla a cambios sociales producidos en relación a determinadas concepciones valorativas. Lo decisivo es siempre esas concepciones con respecto a determinados valores, las cuales se encuentran ligadas a variables de tiempo y lugar, si bien en relación a la punición de conductas molestas se trata, no de un moralismo penal propio, sino más bien impropio, ya que la discusión no gira en torno al merecimiento de pena en sí de la conducta, sino más bien en sus consecuencias de tipo social. Esto lo muestra claramente WOHLERS a través del ejemplo del consumo de sustancias estupefacientes: en este caso, y teniendo en cuenta que la conducta conduce a un puro daño personal, no puede hacerse una referencia al bien jurídico de la salud de la población, pero sí a que el consumo se lleva a cabo en el seno de una determinada subcultura, pudiendo incluso crear esa misma subcultura, con el cual ese consumo conduce a producir efectos secundarios dañinos a la sociedad. Ahora bien, aquí se plantea la pregunta de si puede confundirse la causa con el efecto: ¿No podría decirse que la ilegalidad y la con ella unida subcultura son una consecuencia precisamente de la prohibición penal y no del consumo de drogas? Sea como fuere, éste y otros ejemplos muestran que la perspectiva relativa al bien jurídico constituye únicamente el punto de partida para la valoración de una determinada conducta como merecedora de pena, no pudiendo por el contrario por sí misma suministrar una fundamentación de su penalidad. La fundamentación viene de fuera. Hundiendo sus raíces en las concepciones valorativas de la sociedad y debiendo fijarse en las consecuencias de la conducta en cuestión.

Esto conduce sin solución de continuidad a la doctrina desarrollada especialmente por STRATENWERTH relativa a los delitos de conducta, tratándose en este caso de la fundamentación de la punición a causa de violaciones contra convencimientos culturales fundamentales y fuertemente arraigados en una determinada sociedad.⁶¹ La razón de la punición se encuentra también en este caso, desde un punto de vista normativo, en las concepciones valorativas sociales. Ahora bien, la cuestión que al hilo de lo expuesto se plantea es quién determina de forma vinculante esas concepciones valorativas y cómo dichas concepciones deben ser equipadas desde la vertiente del contenido. ¿Resulta por ejemplo imaginable desarrollar una medida lo suficientemente concreta por razón de esas concepciones valorativas que permita una clara delimitación entre aquellas conductas merecedoras de pena y aquellas otras que no lo son?

También con esta pregunta se encuentra finalmente confrontado el principio de la ofensa, pero también al respecto, la esperanza en lo relativo a una respuesta válida se muestra como engañosa. En todo caso, este principio merece una atención reforzada precisamente en nuestro ámbito jurídico continental-europeo. En su concepción originaria hay que retrotraerse a la obra de referencia en cuatro volúmenes escrita por FEINBERG relativa a «moral limits of the criminal law», cuyo segundo volumen está dedicado íntegramente al mencionado principio.⁶² Para FEINBERG, aquellas ofensas o molestias relevantes desde una perspectiva social suponen algo más que estados de ánimo que se perciben de forma negativa («disliked states of mind»); tratándose más bien de una conducta la cual, en primer lugar, afecta en los derechos de terceros («wrongful right-violating conduct») y, en segundo lugar, presenta un peso tan considerable de tal manera que los intereses de aquél que se siente molestado superan a aquellos del causante de la molestia. En esta ponderación de intereses, la cual constituye el punto esencial de los argumentos expuestos por FEINBERG, se encuentra también la problemática del principio, y ello desde una doble perspectiva: por un lado en su dirección consecuencialista –algo que también ha sido criticado por VON HIRSCH–,⁶³ por otro, en su fundamento normativo. Ello se debe a que la respuesta a la pregunta en torno a una molestia (penalmente) relevante puede en última instancia producirse desde un punto de vista normativo, ya que esta última depende de las convenciones socialmente relevantes y acordadas («negotiated social conventions»)⁶⁴

Por otro lado, el principio de la ofensa no puede sustraerse a la pregunta fundamental que se plantea ya incluso en la doctrina de los delitos de conducta, a saber, quién y cómo se pueden determinar esas convenciones. La normativización que de esa cuestión llevan especialmente a cabo SIMESTER y VON HIRSCH, en el sentido de tener en cuenta el hecho de si el autor muestra una falta de respeto y consideración hacia otras

⁶¹ Cfr. STRATENWERTH, en: FS Lenckner, 1998, pp. 386 y ss. Con respecto a ello véase, de forma resumida: AMBOS, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2016, p. 177 (pp. 184-185).

⁶² Véase al respecto: AMBOS (2013), cit., pp. 1296 y ss. (en relación al principio de ofensa véase especialmente la nota núm. 59).

⁶³ Cfr. VON HIRSCH/SIMESTER, en: VON HIRSCH/SIMESTER, *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, 2006, pp. 115 y ss.

⁶⁴ SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs*, 2011, p. 99, pp. 101 y ss.

personas,⁶⁵ no convierte a la cuestión en más sencilla, ya que lo que significa un «respeto adecuado» o lo que constituye una falta de respeto grave, se diferencian en función de cada sociedad y con respecto a cada caso en concreto. En última instancia, todo ello es el resultado de un proceso de negociación social, si bien de nuevo existe la dificultad a la hora de trazar una línea divisoria entre aquello permitido y aquello no permitido. Tampoco el famoso y plástico ejemplo expuesto por el propio FEINBERG, relativo a un viaje en un autobús, en el transcurso del cual se producen todo un elenco de conductas socialmente llamativas (desde hablar a voces, pasando por olores desagradables hasta conductas de tipo sexual entre los pasajeros), no es capaz de responder a dicha cuestión, sino que una vez más muestra claramente lo difícil que resulta trazar una frontera y lo dependiente que ello resulta de convenciones sociales. Por lo menos, el principio de ofensa ha elaborado –de forma más clara que las otras doctrinas– la dependencia temporal y espacial del merecimiento de pena de las denominadas conductas molestas, lo que nos ha ayudado al entendimiento de que esa pregunta únicamente puede ser respondida, no desde una perspectiva abstracto-deontológica, sino referida a las circunstancias concretas de la sociedad afectada. No obstante, el principio de ofensa, de un modo distinto a como parece entenderlo el propio WOHLERS, no ofrece en modo alguno «unas medidas mucho más concretas» que la teoría del bien jurídico, cuando uno entiende esta última también desde un punto de vista normativo –en referencia a la doctrina de delitos de conducta–, es decir, cuando su potencial crítico del sistema es atribuido a las concepciones valorativas de la sociedad que sirven de base.

IV. JUSTICIA CRIMINAL EN UN ESTADO DE DERECHO LIBERAL («CRIMINAL JUSTICE IN A LIBERAL STATE»)

14. Esta última parte de la obra comienza con una contribución de Bernd SCHÜNEMANN (pp. 269-282) sobre la justicia penal. Así, el mencionado autor distingue tres niveles: (1) ¿Puede la imposición de una mal mediante una pena ser en realidad justo?; (2) ¿Qué gravedad debe mostrar el desvalor de la conducta, para que con ello deba imponerse una pena?; (3) ¿Hasta qué punto repercute en el proceso penal el aspecto relativo a la justicia penal? Para SCHÜNEMANN, aquellos enfoques teóricos basados en la retribución fracasan en lo relativo a la falta de plausibilidad de la pena retributiva como exigencia de la justicia.⁶⁶ La fundamentación de la pena es fijada teniendo en cuenta la consideración de que una violación del derecho exige el restablecimiento de ese derecho (p. 271). Es por ello que SCHÜNEMANN se muestra contrario a una mera retribución, ya que en la misma vislumbra una «inútil lesión del victimario» (p. 271). La pena sólo puede estar fundamentada racionalmente desde un punto de vista preventivo en el sentido de la prevención general negativa (amenaza) expuesta por FEUERBACH, ya que con ello, y al contrario de la en el ámbito anglo-americano bastante extendida concepción utilitaria de BENTHAM, se presupone la existencia de un autor motivable y capaz de discernir. Esto es algo que convence, ya que cuando en la amenaza penal se

⁶⁵ VON HIRSCH/SIMESTER (2006), p. 120, p. 130 («gross lack of respect and consideration»).

⁶⁶ SCHÜNEMANN, p. 271 («The only inference one can draw directly from the principle of justice is therefore the duty to make restitution»).

vislumbra una llamada de atención al destinatario de la norma para que no cometa (o vuelva a cometer) un delito, en ese caso debe aquél poseer una capacidad de discernimiento suficiente, para con ello poder ser motivado. Cuando el destinatario de la norma es motivable a título individual, puede éste evitar el delito. Si por el contrario no lo hace, entonces en la comisión del delito se haya un reproche personal que fundamenta su culpabilidad. Con ello, y como consecuencia adicional, el principio de culpabilidad pasa de ser un principio de la fundamentación de la pena (como así ocurre en el Derecho penal retributivo) a un principio de limitación del Derecho penal fundamentado desde un punto de vista preventivo (p. 272). Al mismo tiempo, el principio de culpabilidad constituye también la condición previa de la imposición de la reprobación que el propio VON HIRSCH vislumbra en la pena. Expresado de otra manera, la función de reprobación inherente a la pena presupone la existencia de culpa, ésta desencadena a la otra. En un Derecho penal concebido de esta manera, la función que le queda al principio del talión es la de limitación; si bien, en opinión del SCHÜNEMANN, el Derecho penal alemán por regla general –y excepción hecha de los delitos de homicidio y asesinato y de las lesiones de carácter grave– va más allá de las exigencias teóricas de tipo retributivo (un «overkill» de naturaleza penal).

Por lo que hace referencia al desvalor de la conducta, SCHÜNEMANN pretende delimitar el mismo según el tipo de bien jurídico lesionado, cuya existencia al mismo tiempo determina el sentido concreto de la pena. En todo caso, SCHÜNEMANN reconoce que existen una serie de casos en los cuales el legislador dispone de un margen; pero tampoco con respecto a ello es éste completamente libre, sino que siempre debe orientarse a la doctrina del bien jurídico, es decir, sólo puede criminalizar aquellas conductas que en puridad lesionan bienes jurídicos. La conformación de los grupos de casos relevantes constituye una tarea de la que es responsable la dogmática penal. SCHÜNEMANN no ve el principio relativo al bien jurídico desplazado o superpuesto a través de consideraciones de tipo constitucional, especialmente en lo relativo al principio de proporcionalidad. Incluso en la sentencia relativa al incesto, el Tribunal Constitucional alemán ha otorgado al principio del bien jurídico únicamente una renuncia de tipo verbal, si bien en puridad el Alto Tribunal ha realizado su argumentación a partir de consideraciones relacionadas con el bien jurídico.

El establecimiento de justicia penal mediante el proceso considera SCHÜNEMANN que queda garantizado sobre todo a través del control judicial en el marco de un sistema de recursos eficientes. Sólo el control protege frente a la arbitrariedad. Ahora bien, en el ámbito europeo se echa actualmente en falta ese principio, teniendo en cuenta que el principio de reconocimiento recíproco⁶⁷ todavía refuerza ese déficit. La justicia en el ámbito penal debe mostrarse particularmente en el juzgador de instancia, teniendo en cuenta que en esta fase todo depende especialmente de encontrar la verdad y de los medios que se utilizan para ello. En este punto, SCHÜNEMANN se muestra contrario al proceso de partes, y de manera especial contra el en el mismo usual instrumento del plea-bargaining. Y es que en este tipo de proceso no se encuentra en un primer plano la

⁶⁷ Cfr. especialmente Art. 82 (1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Véase, al respecto: AMBOS, *Internationales Staufrecht*, 5ª Ed., 2018, § 9 marginales núm. 11-12.

búsqueda de la verdad, sino más bien la lucha limpia entre acusación y defensa, de tal manera que el acusado es en última instancia marginado.

Las reflexiones presentadas por SCHÜNEMANN resumen aquéllas realizadas con anterioridad, conteniendo todas ellas los denominados «overstatements» que pueden encontrarse a menudo en sus trabajos. Así, por ejemplo, cuando dicho autor hace referencia a un overkill de naturaleza penal en el sistema alemán de consecuencias jurídicas del delito –considerado como moderado desde una vertiente internacional–, ello puede encontrar incompreensión en no pocos colegas extranjeros, si se tiene en cuenta que en otros ordenamientos jurídicos se aplican penas muchas más severas –orientadas a la lisa y llana retribución–, como por ejemplo sucede con la pena de muerte o las penas corporales. Pero también desde una concepción del Derecho penal decididamente jurídico-liberal, el concepto del overkill de carácter penal se presenta como un exceso, ya que, por un lado, la mayoría de los marcos penales contemplados en el Código Penal alemán (y de las leyes penales especiales) abren –desde una perspectiva basada en la culpabilidad penal– un defendible margen de discrecionalidad a los tribunales alemanes, y, por otro lado, debe también tenerse en cuenta la generosa praxis de sobreseimiento llevada a cabo en sede de la Fiscalía –y ello sobre todo en el ámbito de los delitos patrimoniales (i§ 153a StPO!) a los que hace referencia SCHÜNEMANN. Por otro lado, la crítica que el mencionado autor realiza al Derecho penal europeo no hace más que repetir la conocida crítica a su carácter instrumental, guardando silencio sobre recientes tendencias jurídicas de carácter individual, las cuales el propio SCHÜNEMANN ha discutido de forma crítica en otras publicaciones.⁶⁸ Por último, aquellas concepciones de Derecho penal puramente orientadas desde un punto de vista preventivo se exponen al reproche de perder de vista, o por lo menos descuidar, el injusto del hecho y con ello la culpabilidad del autor como punto de partida para la imposición de una pena. Las mismas trasladan la regulación del conflicto de un nivel personal (entre autor y víctima) a otro de naturaleza social (compensación penal de naturaleza social).

15. John KLEINIG (pp. 283-303) aborda la también en el Derecho continental-europeo muy controvertida pregunta de si a la policía se le pueden otorgar competencias para imponer sanciones penales. La base de sus reflexiones viene constituida por el enfoque de LOCKE fundamentado en el contrato social, según el cual, en un estado previo al contrato social, cualquiera estaba legitimado para imponer una pena al autor de un delito.⁶⁹ La ineficacia y peligrosidad del ejercicio de este «natural executive right to punish» motivó que el sujeto individual se agrupase con otros individuos, desarrollando determinadas instituciones dirigidas a mantener un estado jurídico legítimo. En el modelo de separación de poderes desarrollado por LOCKE, sobre la base descrita existe un ejecutivo poco diferenciado, el cual en un nivel operativo está sobre todo representado por la policía, si bien una actividad policial organizada no se desarrolló en Inglaterra hasta comienzos del siglo XIX, con la fundación en el año 1829

⁶⁸ SCHÜNEMANN, *Strafverteidiger* 36 (2016), pp. 178 y ss.

⁶⁹ Véase: LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, § 8, <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>(2016) .

de la «London Metropolitan Police Force» (MET). Su objetivo fundamental no residía en la persecución de delitos cometidos, sino más bien en su evitación, de modo que la misma se encontraba organizada desde una perspectiva puramente preventiva (p. 286). Sea como fuere, la concepción de LOCKE sobre el papel del ejecutivo –como institución competente para imponer las normas que regulan la convivencia social que han sido creadas por el legislador e interpretadas por el poder judicial– explica la original concepción anglo-australiana relativa a la «original authority» del funcionario de policía («constable»). Con ello, y de forma meridianamente distinta a la concepción continental-europea, la policía ostenta una competencia «originaria» para una aplicación del derecho dirigida según su propio criterio («discretionary authority under the law»), de tal forma que aquélla no sólo está obligada a rendir cuentas frente a sus superiores. Ahora bien, actualmente y en la mayoría de las modernas sociedades industrializadas, la actividad policial ha evolucionado más allá de la mera imposición del derecho, alcanzando un poder de orden local de carácter amplio. Es por ello que KLEINIG observa a la policía como una especie de guardián de la paz social («social peacekeeper, p. 287). Como tal, la policía es responsable en general de mantener el orden público y la paz pública, lo cual en puridad recuerda al tradicional concepto del «King's peace» –es decir, del rey como garante de la paz para y entre sus súbditos–, lo que hace que se declare al delito como quebrantador de esa paz («breaching the peace», p. 298).

En el marco de esa amplia función de la policía dirigida al mantenimiento de la paz –en el marco de la cual la persecución de los delitos («crime-fighting») sólo tiene un papel secundario– KLEINIG vislumbra margen para competencias punitivas de naturaleza informal, si bien hay que decir que su concepción de la pena resulta poco clara cuando el mencionado autor pretende entender bajo la misma –mediante su delimitación con la retribución o venganza (policial)– una respuesta a una «lesión injustificada de una norma pública autoritativa».⁷⁰ Esto supone un entendimiento del concepto demasiado amplio y poco claro, ya que el mismo no requiere una responsabilidad personal –y de ese modo una culpa–, ni tampoco suministra una delimitación con respecto a meros injustos de carácter administrativo. En puridad, KLEINIG sostiene que este último concepto puede ser subsumido dentro de la «punición informal», cuando el mencionado autor se refiere, por ejemplo, a una «justicia de la calle por parte de la policía»⁷¹ como respuesta a alteraciones públicas y la imposición de multas por infracciones de tráfico (p. 300). Lo que entiende KLEINIG por punición policial, según la concepción vigente en Alemania, no sería otra cosa que una mera potestad sancionadora de orden público (de naturaleza no penal). Ciertamente, es conocido que el Derecho anglo-americano no conoce ni una delimitación entre una actuación policial de naturaleza preventiva y represiva, ni tampoco entre hechos delictivos y meros injustos de naturaleza administrativa; sin embargo, estas diferenciaciones se muestran como tremendamente útiles con respecto a la cuestión relativa a una eventual competencia policial de punición, ya que dichas diferenciaciones permiten una delimitación precisa entre sanciones penales y aquellas otras de carácter jurídico-administrativo. Llegados a este punto, KLEINIG tampoco concreta qué clase de sanciones –excepción hecha de las

⁷⁰ KLEINIG, p. 296 («unjustified violation of an authoritative public norm»).

⁷¹ *Ibidem*, p. 296 («street justice administred by police»).

sanciones pecuniarias señaladas anteriormente– se encuentran a disposición de la policía; especialmente si dichas sanciones deben ir más allá de eventuales medidas policiales *ad hoc*, como por ejemplo la expulsión de un lugar o la detención de corta duración. En su lugar, KLEINIG expone una serie de prácticas policiales problemáticas sobre todo en los Estados Unidos –como por ejemplo la detención por razón de un desacato a la policía (la denominada «contempt-of-cop arrests», p. 297) o la utilización de violencia letal (lo cual, en un país que regula la pena de muerte, a menudo es entendida como «ejecución anticipada de una en todo caso inevitable pena de muerte»)–⁷², negando al final la justificación formal de las competencias policiales de punición debido precisamente a esos excesos. Desde luego que esta conclusión no resulta sorprendente desde la perspectiva continental-europea, ya que con ello se le permite a la policía únicamente aquello que la misma, concebida en el ámbito europeo como autoridad administrativa (policía preventiva), ostenta de todos modos como competencia.

16. Antje DU BOIS-PEDAIN (pp. 305-325) analiza en su trabajo el debate en torno a la constitucionalización en el ámbito del Derecho penal, abordando para ello la pregunta relativa a en qué medida la teoría del Derecho penal debería resultar superpuesta o desplazada a través de consideraciones de Derecho constitucional, especialmente en lo relativo al principio de proporcionalidad, o si, por el contrario, estas reflexiones teóricas jurídico-penales deberían ser incorporadas en el programa de revisión de naturaleza constitucional. Como resultado hay que decir que DU BOIS-PEDAIN se adhiere a la opinión defendida en Alemania por autores como ZACZYK⁷³ y GRECO,⁷⁴ según la cual el Derecho constitucional no puede acoger completamente la altamente diferenciada discusión teórica de Derecho penal en torno a los fundamentos y límites de la competencia punitiva estatal y que por tanto los límites constitucionales propuestos se quedan considerablemente atrás. DU BOIS-PEDAIN demuestra en primer lugar, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que la teoría del Derecho penal contiene unos marcos más severos que el Derecho constitucional a la hora de limitar la pretensión punitiva estatal. Haciendo referencia expresa a LAGODNY, la mencionada autora llega a la conclusión de que el Derecho penal se sustrae a un efectivo control de naturaleza constitucional.⁷⁵ El principio de culpabilidad por sí solo ha encontrado un reconocimiento constitucional sin reservas. Por lo demás, la jurisprudencia constitucional no tiene en cuenta suficientemente la particularidad inherente al Derecho penal, sino que trata a este sector como el resto de injerencias estatales que resultan relevantes para los derechos fundamentales. Acto seguido, la autora del trabajo analiza si la incorporación constitucional de los enfoques teóricos de naturaleza penal

⁷² *Ibidem*, p. 301, nota número 50 («premature execution of the inevitable judgment»).

⁷³ ZACZYK, *Staat* 50 (2011), p. 295.

⁷⁴ GRECO, en: BRUNHÖBER *et al.* (Ed.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, p. 13, pp. 22 y ss

⁷⁵ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 536 («El Derecho penal material se sustrae de una manera casi genial a un control de naturaleza constitucional»). Bien es cierto que el propio LAGODNY ha demostrado recientemente (*ZIS* 2016, pp. 672 y ss.), que en Austria, (también) sin la doctrina del bien jurídico, «únicamente» es posible con el Derecho constitucional.

constituyen una alternativa viable. Para ello parte de la discusión planteada especialmente por Douglas HUSAK en torno a una pretensión constitucional de no castigar («right not to be punished»).⁷⁶ En este sentido, HUSAK parte de la base –algo que no sorprende– de la necesidad de una justificación de la pena estatal, ya que en la misma se haya una eminente injerencia en los derechos de los ciudadanos, y dicha injerencia únicamente puede resultar justificada bajo estrictas condiciones; particularmente la pena debe estar fundamentada en una respetable teoría de la criminalización. La conclusión que de ello extrae DU BOIS-PEDAIN es que dichas exigencias de fundamentación podrían ser trasladadas a una pretensión constitucional de no punición, si bien alberga dudas en que con ello se conseguiría un mayor nivel de protección. Mientras que, en su opinión, una pretensión como la aducida hace en todo caso retroceder la justificación utilitaria de la pena estatal en favor de enfoques de carácter deontológico – particularmente en lo relativo a la pena adecuada a la culpabilidad («deserved punishment»)–, ello, en última instancia, se produce a costa de la diferenciación teórica de naturaleza jurídico-penal. Expresado con otras palabras: la incorporación constitucional de la teoría jurídico-penal conduce necesariamente a privilegiar determinadas teorías en detrimento de otras, de tal manera que el elemento del «razonable desacuerdo» («reasonable disagreement», p. 318), el cual da vida al discurso de Derecho penal, desaparece. Como resultado final, todo resulta subsumido en un test de proporcionalidad de carácter general, sin tener para ello en cuenta de forma suficiente los matices de las distintas teorías de Derecho penal.⁷⁷

De todo lo explicado se sigue que, por un lado, la teoría de Derecho penal se opone a una eventual incorporación (o también acaparamiento) de naturaleza constitucional, pero que, por otro, sus valoraciones fuera de un marco de Derecho constitucional deben hacerse respetar. La teoría de Derecho penal encuentra su razón fundamental en la naturaleza de la existencia ciudadana (el estatus de la persona como ciudadano) y en la concepción de la autoridad estatal. Por ello, la misma va más allá de la fundamentación constitucional de la pena, suministrando respuestas concretas a la pregunta relativa a la justificación de la pena estatal en una determinada sociedad. Mientras que cualquier sociedad se fundamenta en el reconocimiento de sus miembros como personas de derechos, los cuales, a su vez, se reconocen mutuamente en sus derechos y obligaciones, y esto tiene una validez atemporal, ello sin embargo no sirve

⁷⁶ HUSAK, *Criminal Law & Philosophy* 2 (2008) p. 99 (pp. 105 y ss.).

⁷⁷ En este punto la autora hace referencia explícita a GRECO, cit., pp. 22-25, pp. 30-35 (las concepciones teóricas de Derecho penal perderían necesariamente su diferenciación y su múltiple importancia a través del proceso de transposición constitucional). Literalmente dice lo siguiente: «The strategy of constitutionalisation gets penal theory's normative claims caught between the Scylla of a 'fading away' of the normative principles central to a fully developed criminal law theory, under the harsh and relentless glare of a constitutional proportionality test, and the Charybdis of 'import strategies' that vastly overstate the kinds of binding conclusions that can reasonably be drawn from criminal law theory in the constitutional setting. The price, in both cases, is that penal theory becomes dysfunctional: in the former case, because its claims get absorbed into constitutional principles and no longer provide rich and nuanced guidance on specific questions; in the latter, because criminal law theory cannot be frozen in time but must remain responsive to further doctrinal development and debate». (p. 320).

para las respuestas dinámicas de naturaleza político-criminal con respecto a concretas cuestiones en una determinada situación social. Es por ello que no puede exigirse otra cosa que no sea que una determinada sanción estatal se presente como reconocible y sea, al mismo tiempo, justa. La teoría de Derecho penal puede suministrar en un momento concreto respuestas adecuadas a hechos delictivos.⁷⁸ A ella le corresponde por tanto la función de desarrollo de directrices de política criminal, las cuales, referidas a la concreta realidad social, tienen la misión de otorgar respuestas a la pregunta en torno a la imposición o no de la pena estatal y la forma de llevarla a cabo. Esta función de fijar directrices de actuación resulta más «gruesa» («thicker») que aquello fijado desde una vertiente constitucional, ya que en este último caso –siguiendo a VON HIRSCH–⁷⁹ todo se muestra fundamentalmente dirigido a la protección frente a penas claramente desproporcionadas.

En esencia puede afirmarse que DU BOIS-PEDAIN considera que la complejidad de las teorías jurídico-penales se sustrae a una eventual incorporación de naturaleza jurídico-constitucional; más bien aquéllas son capaces de suministrar, fuera de un marco constitucional, una importante contribución a la respuesta a cuestiones relativas a reacciones penales adecuadas en determinadas condiciones sociales. Con todo, este resultado en nada cambia en lo relativo a que la teoría de Derecho penal deba relacionarse con la Constitución si no quiere que sus tesis permanezcan sin consecuencia alguna. Dicho de forma más sutil: Tanto la Constitución como el propio legislador se quedan fríos cuando los penalistas consideran algo como insensato, pero sin embargo esa insensatez no la transforman en inconstitucionalidad.⁸⁰ Y es que todo ello debe ser también teórico desde una perspectiva democrática, ya que el legislador no está atado ciertamente a la teoría del Derecho penal, pero sí a la Constitución.⁸¹ Desde una perspectiva constitucional, la teoría de Derecho penal debe someterse al esfuerzo de su constitucionalización,⁸² si bien resulta tremendamente dudoso que el para ello

⁷⁸ DU BOIS-PEDAIN, cit., p. 322 («The theory of the criminal law is the fully developed theory of the 'appropriate response to crime' of its time»).

⁷⁹ VON HIRSCH, en: FS Greve, 2008, p. 211.

⁸⁰ Para diferenciar los niveles de Derecho penal interno y de Derecho constitucional véase de forma acertada: STUCKENBERG, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2011, p. 653 (p. 660).

⁸¹ Con respecto al reproche que a esto se une en lo relativo a la lejanía democrática de la teoría de Derecho penal, véase: GÄRDITZ, *Staat* 49 (2010), p. 331 (p. 337: «Demanda de soberanía de una expertocracia de justicia»), (p. 365: «Si algo es "Derecho penal desde el punto de vista del concepto" parece algo sin importancia alguna desde la perspectiva del principio de la democracia»). El mencionado autor exige por ello el desarrollo de un Derecho penal «adecuado a la democracia» (pp. 346 y ss.). Véase también: EL MISMO, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, pp. 39 y ss.; EL MISMO, *Juristenzeitung* 2016, p. 641 (p. 648) (legitimación democrática vs. «[C]ondescencia sabia» de una «casta de eruditos» con «sistemas de referencia pre-democráticos»). Con una crítica semejante VOGEL, en: FS Roxin (2001), p. 105; STUCKENBERG, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2011, p. 653 (p. 658); AMBOS, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2016, p. 178 (p. 187).

⁸² A favor de una «dogmática de derechos fundamentales específica jurídico-penalmente» véase: STUCKENBERG, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2011, p. 653 (p. 661); asimismo HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, pp. 43 y ss., pp. 467 y ss.; por la «(re)integración de la teoría

necesario trazo de los contornos del principio de proporcionalidad⁸³ –si ello, contra los argumentos expuestos por DU BOIS-PEDAIN, fuera realmente posible–⁸⁴ conduciría realmente a una limitación del Derecho penal, teniendo en cuenta la práctica de ponderación decisionista por parte del Tribunal Constitucional alemán.⁸⁵

17. Paul ROBERTS (pp. 327-360) se ocupa de los fundamentos y límites de la teoría jurídica liberal con especial referencia al Derecho penal. En primer lugar, el mencionado autor señala que el inicial modelo utilitarista de Jeremy BENTHAM, el cual este último diseñó en su momento como una doctrina moral basada en las ciencias naturales, para así delimitarlo de la filosofía de la Ilustración metafísicamente fundamentada (p. 333, nota núm. 19), ha ido perdiendo peso también en el ámbito anglo-americano, de tal forma que hoy en día no puede servir como «plausible account of criminal law in modern liberal polities» (p. 333). Más bien puede decirse que en los últimos 30 años, y ello en última instancia a causa de los trabajos publicados por VON HIRSCH, se ha impuesto la concepción liberal de una moralidad política fundamentada deontológicamente en el marco del discurso jurídico-penal. Ahora bien, ROBERTS vislumbra en este movimiento dentro de la moderna teoría del Derecho penal norteamericana –desde HART a VON HIRSCH– no tanto un guiño al liberalismo, sino más bien un movimiento dentro del propio liberalismo que va de una variante utilitarista a otra de carácter deontológico (p. 330). En todo caso, y al igual que sucede con KANT, en el centro se encuentra el individuo como punto de referencia y sujeto autónomo de cualquier tipo de reflexión ética, mientras que, en el polo opuesto, el utilitarismo –especialmente en el caso de RAWLS– fue criticado por ser concebido como «no respecter of persons».⁸⁶

Las eventuales críticas realizadas al liberalismo, especialmente las que indican que éste se encuentra orientando a una perspectiva excesivamente individualista (egoísta) y que el mismo descuida en demasía el aspecto de la justicia distributiva social, son abordadas por el propio liberalismo a través de su desarrollo y flexibilización. Así, por ejemplo, Joseph RAZ ha reaccionado a la crítica relativa a la justicia a través de una concepción práctica del liberalismo, según la cual éste debe también garantizar unas

penal dentro de la doctrina estatal general» GÄRDITZ, *Staat* 49 (2010), p. 346 (pp. 346 y ss., p. 367), si bien se muestra escéptico en un trabajo posterior que se reproduce en la nota núm. 79.

⁸³ A favor de ello, por ejemplo: HASSEMER, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007, pp. 191 y ss.; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, pp. 241 y ss., p. 863; SWOBODA, *ZStW* 122 (2010), p. 24 (pp. 46 y ss.).

⁸⁴ También escéptico se muestra GÄRDITZ, *Juristenzeitung* 2016, p. 641 (p. 645) («...aquellos esfuerzos de politización y de formación de conceptos que se encuentran detrás de los innumerables tipos penales, no pueden ser reemplazados mediante la dogmática constitucional»).

⁸⁵ Con dudas en torno a si «se habría ganado mucho» con un trazo de contornos de la proporcionalidad, teniendo en cuenta «la subjetividad y contingencia de las ponderaciones decisionistas», GÄRDITZ, *Juristenzeitung* 2016, p. 641 (p. 649). Por lo demás, este autor considera que el principio de *ultima ratio* no está fundamentado ni puede fundamentarse desde una perspectiva dogmático-constitucional –en el marco de la necesidad o adecuación como parte de la proporcionalidad–. Véase: GÄRDITZ, cit., pp. 642 y ss.

⁸⁶ RAWLS, *A Theory of Justice*, 1973, p. 29, p. 187.

condiciones sociales adecuadas y recursos materiales, para con ello otorgar a todos los miembros de la sociedad suficientes posibilidades de desarrollo. A ello habría que añadir la revolucionaria obra de Amartya SEN, según la cual una teoría de la justicia debería concentrarse no tanto o no sólo –como el concepto de la «justice of fairness» desarrollado por RAWLS– en la creación de instituciones justas, sino más bien en los seres humanos para los cuales existen esas instituciones; seres humanos que deben ser capacitados para desarrollarse de acuerdo con su potencial («capability perspective»).⁸⁷ En última instancia –y en contraposición al enfoque neoliberal de los Chicago Boys– se trata de un modelo social-liberal basado en la justicia social y que se inserta en un moderno Estado social de Derecho.

En opinión de ROBERTS, el liberalismo significa en el Derecho penal el respeto de conocidos principios como la *ultima ratio*, harm principle, Derecho penal mínimo y proceso justo, si bien desde una perspectiva continental-europea habría que añadir el principio del bien jurídico y el principio de culpabilidad. En todo caso, y partiendo de una concepción liberal de carácter consecuente, toda injerencia estatal necesita de una justificación, y únicamente aquellas conductas desviadas de carácter muy grave justifican una reacción de naturaleza penal. Todo ello suena bastante plausible y se mueve en el *mainstream* del clásico discurso penal liberal, el cual, sin ir más lejos, es llevado a cabo en Alemania. Tampoco los límites de la teoría liberal expuestos por ROBERTS para la determinación de la pena estatal, a saber, su carácter incompleto y su indeterminación, pueden desde luego sorprender al autor de una reseña. Con el carácter incompleto se refiere ROBERTS a la verdad de Perogrullo de que una teoría liberal no puede desarrollar todas las particularidades de la doctrina de la imputación penal, y de un modo particular cuestiones intrincadas relativas a la responsabilidad penal moral e individual. Del mismo modo no se puede extraer de una teoría liberal un criterio de diferenciación para un registro de diferenciación típica de aquellas conductas penalmente relevantes.⁸⁸ Por último, dicha teoría no explica la fundamentación penal de la retribución, sino que al respecto debe apoyarse en las teorías absolutas que le preceden y remarcar de ese modo el carácter merecido de la pena («just desserts»). En cuanto al problema de la indeterminación («indeterminacy»), aborda ROBERTS un problema general de cualquier teoría política, a saber, que la misma sólo en contadas ocasiones proporciona o puede proporcionar una respuesta clara a concretas preguntas prácticas. Para ello, ROBERTS discute esta problemática de forma amplia acudiendo al problema de una persona acusada de sexo femenino que aparece en un proceso penal en el Reino Unido cubierta con un velo integral (pp. 351-358). Las razones que hablan en contra de esa vestimenta no se derivarían de una concepción de Derecho penal de naturaleza liberal –de hecho, ésta puede, incluso por encima del reconocimiento de la libertad religiosa, conceder un derecho a que una persona cubra completamente su cuerpo–, sino más bien de razones procesales de raigambre cultural, como por ejemplo de la circunstancia de que en una vista pública, los rostros de todos los participantes deben estar visibles, también para, entre otras cosas, registrar reacciones que pueden resultar relevantes desde el punto de vista de la prueba. Por lo demás, ROBERTS critica la

⁸⁷ SEN, *The idea of justice*, 2009, p. XI, pp. 225 y ss.

⁸⁸ ROBERTS, p. 346 («legislative strategies for individuating offences»).

escasa capacidad de eficacia de una teoría liberal cuando se trata de intereses públicos de seguridad, por ejemplo en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. En este sentido podría decirse que en estos casos, si se produce una ponderación, se concedería siempre prioridad al interés en preservar la seguridad. Por tanto, una teoría de Derecho penal liberal necesita complementos normativos (político-criminales) –ROBERTS habla en estos casos de «normative supplements to liberal political theory» (p. 358)– para con ello estar en disposición de formular respuestas a concretas cuestiones de naturaleza político-criminal. De ello se concluye, además, que el Derecho penal de una teoría liberal no siempre debe ser necesariamente liberal, sino que el mismo, llegado el caso, puede y debe adaptarse a las –rigurosas– circunstancias socio-culturales (pp. 359-360).

V. CONCLUSIÓN

Como conclusión final puede decirse que los editores han elaborado una obra colectiva multifacética que proporciona muchas recomendaciones para seguir reflexionando, y que sin duda puede constituir la base de un ya desde hace años más que necesario debate penal germano-angloamericano. Algunas de las contribuciones integran enfoques teóricos continental-europeos y angloamericanos; otras permiten al lector, el cual se ha socializado en otros edificios teóricos, tener una idea en torno a las formas de pensar y las estructuras argumentativas de una arquitectura jurídico-penal con la que está menos familiarizada. Bajo el punto de vista del autor de la presente reseña hubiera sido no obstante deseable que cada uno de los capítulos no sólo mostrase puntos de contacto con la influyente obra de VON HIRSCH en lo relativo a la teoría penal y de la criminalización, sino que también entrara en una especie de diálogo mutuo. Quizá ello pueda resultar posible en proyectos futuros.⁸⁹

⁸⁹ Para un intento véase: www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/projekte/anglo-german-criminal-law .