

DERECHO PENAL

El fundamento y las finalidades de la pena criminal: la imprecisión de las doctrinas absolutas y relativas ^(*)

POR MARCELO ALMEIDA RUIVO ^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. El fundamento de la pena criminal (o las llamadas “doctrinas absolutas”).— III. Las finalidades de la pena criminal (o las llamadas “doctrinas relativas”).— IV. La confusión del fundamento con las finalidades de la pena en las llamadas “doctrinas unificadoras” o “sincréticas”.— V. La función de la pena diferente de su fundamento y de sus finalidades.— VI. Conclusión: La necesidad previa de la determinación del fundamento para la indicación de las finalidades en la teoría de la pena.— VII. Bibliografía.

I. Introducción

La teoría de la pena (1) es un campo dogmático y jurídico-filosófico con larga tradición de debate y poca armonía teórica y jurisprudencial. La distinción entre las doctrinas absolutas y relativas de la pena penal es ampliamente extendida en el derecho penal latinoamericano (2)

y europeo (3). Sin embargo, esa clasificación dicotómica confunde el fundamento de la pena con sus diversas finalidades y dificulta la orientación de la práctica judicial. A partir de ello, surgieron las llamadas doctrinas unificadoras o sincréticas, que carecen de evaluación sobre sus diagnósticos y soluciones del problema, así como de su adecuación a la legislación brasileña.

^(*) Traducción de Luis Fernando Armendariz Ochoa. Miembro principal del Taller Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de la Cátedra de Derecho Penal I —Parte General y de la cátedra de Derecho Penal III— Parte Especial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

^(**) Doctor en Ciencias Jurídico-criminales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín (Italia). Investigador invitado en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Friburgo, Alemania), Profesor de Derecho y Proceso Penal de la Universidad Feevale (Brasil).

(1) Este artículo tiene en su base otros trabajos. “The Ground of penal penalty: beyond the dichotomous purposes classification” referente a las contribuciones de la delegación brasileña a la cuarta edición del International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (Beijing - 2012) y “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, del año 2012. Mejoras en el texto fueron realizadas a partir del debate en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara (12/12/2014) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (19/02/2016).

(2) Por ejemplo, en Brasil, BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, São Paulo, 2009, ps. 85 y 92; ZAFFARONI — PIERANGELI, “Manual de Direito Penal Brasileiro”,

São Paulo, 2004, p. 117; PRADO, “Curso de Direito Penal Brasileiro”, São Paulo, 2005, ps. 553 y 555; FERRÉ OLIVÉ — NÚÑEZ PAZ — OLIVEIRA — BRITO, “Direito Penal Brasileiro”, São Paulo, 2011, ps. 192 y 195; en Perú, HURTADO POZO, José — PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Manual de derecho penal, parte general”, Idemsa, Lima, 2011, 4ª ed., ps. 29 y 30; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho penal, parte general”, Ed. Grijley, Lima, 2006, ps. 46, 47 y 54; VILLA STEIN, Javier, “Derecho penal, parte general”, Ed. Ara, Lima, 2014, ps. 145-146; en la Argentina, RUSCONI, “Derecho penal”, ps. 55 y 58; con menor intensidad, ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, “Derecho penal”, ps. 56-57; en Colombia, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Derecho penal”, p. 254.

(3) Por ejemplo, en Portugal, FERREIRA, “Direito Penal Português”, Lisboa, 1982, v. 2, p. 299, DIAS, “Direito Penal”, Coimbra, 2007, t. 1, cap. 4, § 3, p. 44; en Alemania, JAKOBS, “Strafrecht”, Berlín, 1991, ps. 15 y 20, JESCHECK — WEIGEND, “Lehrbuch des Strafrechts”, Berlín, 1996, ps. 70-71, BAUMANN — WEBER — MITSCH, “Strafrecht”, Bielefeld, 2003, ps. 17 y 24, nm. 24, 25 y 50; KINDHÄUSER, “Strafrecht”, Baden-Baden, 2011, ps. 37 y 38, nm. 9 y 11; los autores mencionados en HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion”, en v. HIRSCH, Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden, 2011, ps. 11-12, nota 4; en Austria, KIENAPFEL — HÖPFEL — KERT, “Strafrecht”, ps. 4-5, nm. 5 y 8; en Suiza, SEELMANN, “Strafrecht”, p. 25.

La teoría de la pena abarca distintos elementos dogmáticos no siempre estudiados por la doctrina en sus particularidades, especialmente el fundamento, las finalidades, la especie de pena y la oportunidad del castigo. Los elementos de la pena pueden plantear, respectivamente, cuatro cuestiones: por qué, para qué, cómo y cuándo castigar. La aplicación de una pena, a ser efectivamente cumplida por el condenado, exige la respuesta secuencial a cada una de esas cuestiones. Esto es lo que se llama teoría cuatripartita de la pena. Además de las cuestiones jurídicas, existen cuestiones criminológicas como el funcionamiento y las consecuencias de cada especie de pena para cada tipo de delito y tipo de condenado.

El presente artículo se propone a aclarar el sentido del fundamento, de las finalidades y de la función de la pena, dedicando tratamiento específico a cada uno de ellos. Al final, se concluye que el fundamento de la pena es exclusivamente la justa retribución de la culpabilidad del agente causante de la ofensa al bien jurídico y que la determinación de las finalidades de la pena se refiere a ideales preventivos. También enfatiza que el diagnóstico del funcionamiento (función de la pena) y de las consecuencias de la pena depende del estudio empírico criminológico de las particularidades del fenómeno criminal y de la especie de pena en cuestión.

II. El fundamento de la pena criminal (o las llamadas “doctrinas absolutas”)

La pregunta por el fundamento de algo es siempre el cuestionamiento acerca de su sentido, cuyo significado no se reduce sólo a la utilidad, o a su servicio ante los eventuales intereses que le rodean. Es más que la identificación de la función o de la finalidad de algo, antes consiste en una pregunta que exige la comprensión del ser. Los medios de intervención jurídica en realidad no tienen el papel de un mero instrumento, dado que en los instrumentos la utilidad tiende a preponderar sobre el reconocimiento del sentido.

El fundamento de la pena es una tarea que debe estar al cargo de las llamadas doctrinas absolutas o retributivas (4). Se entiende por abso-

(4) La concepción retributiva de la pena no es única y homogénea. Según v. Hirsch, son al menos tres las modalidades de hoy: 1) la compensación del delito o venganza,

lutas a aquellas doctrinas intencionalmente desvinculadas de fines diversos de la propia realización del valor que la pena ostenta en sí misma. Por eso se utiliza la expresión latina *absolutus* en el sentido de “incondicionado” o “desprendido” de una finalidad externa al castigo del delito por el desvalor social insoportable. En ese contexto la pena como retribución es elemento característico del derecho penal clásico, consustanciado en lo que, a primera vista (5), podría aparentar ser la imposición de un “mal justo contra el mal injusto del delito” (6).

La dignidad histórica de tales concepciones encuentra consonancia y desarrolla el sentido comunitario difundido y arraigado de que la pena tiene en su base —como límite máximo— el principio del talión, expresado en la sentencia “ojo por ojo, diente por diente” (7). La punición debe guardar proporción con el hecho cometido, sin la oportunidad para excesos punitivos o el cumplimiento de otras finalidades diversas de la realización de la justicia. El ideal retributivo recibió consistencia en “representaciones mitológicas” en la Edad Antigua, en “racionalizaciones religiosas” en la Edad Media (8) y posteriormente se desligó de la teología en el iluminismo y el idealismo alemanes en la Edad Moderna y Contemporánea.

Ha quedado atrás la idea de que el fundamento retributivo seguía argumentos religiosos, se-

2) imposición de desventaja para igualar la injusta ventaja obtenida a través del delito y 3) una de naturaleza sincrética de confirmación reactiva de la vigencia del ordenamiento penal, que será estudiada en la prevención general positiva (Punto III, Item 2) (v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 44).

(5) En verdad, no todos los autores que proponen la retribución entienden la pena como un mal, por ejemplo, sobre todo, COSTA, “Sentido da pena”, ps. 205-235.

(6) Esa es la definición de la pena del s. XVII de Grotius “malum passionis quod infligitur ob malum actionis” (GROTIUS, “De iure belli ac pacis”, Libro II, Cap. XX, § 1, 1-3, p. 462). Sobre esto, COSTA, “Sentido da pena”, p. 217, nota 23 y 218. La reproducción del concepto se encuentra en SANTOS, “Direito penal”, ps. 453-454.

(7) DRAPKIN, Israel, “Crimes and Punishments in Ancient Hebrew Laws”, en SCHWIND, Hans-Dieter — BERZ, Ulrich — HERZBERG, Rolf — GEILEN, Gerd — WARDA, Günther, *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, de Gruyter, Berlín, 1985, ps. 613-614.

(8) Así, DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 5.º, ps. 45-46; SANTOS, “Direito penal”, ps. 454-455.

gún los cuales la finalidad era la expiación de la culpa y la purificación del alma del condenado, en la forma de una doctrina de la penitencia y de las virtudes cristianas (9). La concepción actual encuentra su antecedente en la expresión de la filosofía iluminista alemana (10).

En Kant, la “pena judicial” (*poena forensis*) “jamás puede ser medio para promover el bien para otro” (11), porque “el hombre nunca puede ser manipulado como puro medio para las intenciones de otro”, ni tampoco “ser confundido bajo los objetos del derecho de las cosas” (12). El hombre

debe ser valorado como un “fin en sí mismo”, ya que “posee dignidad (un absoluto valor intrínseco)” (13).

Después, en el idealismo de Hegel, se identifica la defensa de la doctrina retributiva, desde la cual la pena es un “derecho” del criminal —comprendido como ser racional—, directamente relacionado al ejercicio y a la “existencia de su libertad” (14). El delincuente tiene su dignidad personal negada si “el significado y la medida de su pena no fueran tomadas a partir de su propio acto criminal” o, aún, si se le “considera [un] animal lesivo” que se debería “hacer no lesivo”, con el “fin de intimidación o mejoramiento” (15).

La doctrina de la retribución es seguramente responsable de establecer la necesidad imperiosa de proporcionalidad entre los delitos y las penas (16). Incluso los defensores de otras vías de fundamentación reconocen el “mérito irrecusable de haber erigido el principio de la culpabilidad en principio absoluto de toda aplicación de la pena” (17). La razón de esto se encuentra en la protección de la dignidad del hombre como ser libre, con capacidad de reflexión sobre sus accio-

valor de ese pasaje como “clave de lectura transversal” del libro de Beccaria, COSTA, “Beccaria”, p. 9.

(13) KANT, “Metaphysik der Sitten”, 2ª Parte, § 11, p. 569.

(14) HEGEL, “Philosophie des Rechts”, § 100, p. 190. Con una interpretación de la obra de Hegel que lo aleja del retributivismo, SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, ps. 687 y 691.

(15) HEGEL, “Philosophie des Rechts”, § 100, p. 191. Por otra parte, consta, en la adición al § 99, la crítica a la doctrina de la pena de v. Feuerbach que amenazaría con tratar al hombre no según su “dignidad y libertad, sino como un perro” contra el cual se “levanta un bastón”. (HEGEL, “Philosophie des Rechts”, apéndice § 99, p. 190).

(16) RODRÍGUEZ DEVESA, “Derecho penal”, p. 833; v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 53; MANTOVANI, “Diritto penale”, p. 734; FIANDACA — MUSCO, “Diritto penale”, ps. 701-702.

(17) DIAS, “Direito Penal”, § 6, ps. 46-47; HURTADO POZO, José — PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Manual de derecho penal, parte general”, Idemsa, Lima, 2011, 4ª ed., p. 33. Sobre la relevancia de la doctrina de la culpa en el derecho penal contemporáneo y la exigencia de culpabilidad para la pena justa, WÜRTENBERGER, “Schuldige Mensch”, p. 38 y, en la jurisprudencia alemana, BGH, 4 de agosto 1965, v. 20, p. 266.

(9) Aunque, esporádicamente, todavía se encuentra esa línea de pensamiento (v.gr. SANTOS, “Direito penal”, ps. 453-454), no obstante, en eso no consiste la “base para legitimación” de la pena según la doctrina retributiva contemporánea (HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”, p. 16). A propósito, véase la orientación onto-anropológica intencionalmente laica de Faria Costa (COSTA, “Sentido da pena”, *passim* y, especialmente, p. 212, nota 16).

(10) No es razonable la tendencia a ver unitariamente “una idea de prevención (general)” como auténtico epílogo del iluminismo, teniendo en cuenta que la “idea matriz de retribución” está igualmente ligada a ese período. Un ejemplo es la obra de Kant, que a veces se califica injustificadamente sólo como perteneciente al grupo “mare magnum del idealismo alemán” (COSTA, “Beccaria”, p. 13 y COSTA, “Sentido da pena”, p. 216). Sobre “tendencias contrarias” que, justificaría “hablar de varios iluminismos que de uno solo” y sobre Kant como el “último representante del Iluminismo del siglo XVIII y, al mismo tiempo, el primer triunfador de él”, MONCADA, “Filosofia do direito”, ps. 197 y 265. Encuadrando a Kant en el idealismo alemán, ROXIN, “Strafrecht”, § 3.º, nm. 4, p. 71; DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4 § 5º, p. 46; BITENCOURT, “Direito penal”, ps. 85 y 92; FIANDACA — MUSCO, “Diritto penale”, ps. 703 y 715. En el iluminismo italiano, la crítica a la prevención general como ejemplaridad de la pena puede ser leída en Alessandro Manzoni —en sentido diverso al pensamiento de su abuelo, Cesare Beccaria—, según bien observa Mario Cattáneo (CATTÁNEO, “Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni”, ps. 193-196).

(11) KANT, “Metaphysik der Sitten”, 1ª Parte, § 49, p. 453.

(12) *Ibidem*. Aproximadamente 30 años antes de la aparición de la “Metafísica de las costumbres” (Nota del Traductor: “Metaphysik der Sitten”) publicada en 1797, se encuentra un pasaje similar en la obra “De los delitos y de las penas” de Beccaria de 1766. Beccaria veda la instrumentalización del hombre, en el sentido de que “no existe libertad toda vez que las leyes permiten que en algunos casos el hombre deje de ser persona y se haga cosa” (BEC-CARIA, “Dos delitos”, p. 105), que fue puesto de relieve en el comentario introductorio de Marinucci a la traducción portuguesa (MARINUCCI, “Beccaria”, ps. 49-50). Sobre el

nes y con condiciones bio-psíquicas de asumir responsabilidades (18).

Las diversas doctrinas de la retribución han sufrido críticas —sobre todo en el siglo pasado (19)— que pueden agruparse en los siguientes cinco puntos. En primer lugar, se afirmó que la doctrina de la retribución no sería propiamente una doctrina de la pena (20) o, más específicamente, no se pretendía una doctrina de la finalidad de la pena, pues considera la pena como “entidad independiente de fines” (21). Por lo tanto, sería un “juego de palabras desinteresado saber si la concreción de una idea como la idea de justicia no es también un ‘fin’ (22). No ha efectivamente oposición, si se considera que el propósito de la retribución es apuntar el fundamento de la pena y que la realización de la justicia es el fin último de todo el derecho (23). Por lo tanto, en el derecho penal, se tiene la específica finalidad de realizar la “justicia penal histórica-

mente situada” (24). Lo cierto es que la llamada doctrina absoluta no está rigurosamente libre de una finalidad (25), ya que tiene como intención la realización de la justicia penal (26).

En segundo lugar, la propuesta de compensar un mal con otro no tendría adecuación ética, ni presentaría respaldo científico, pues la pena retributiva agotaría “su sentido en el mal que hace sufrir al delincuente” (27). Algo propio de una doctrina asentada sólo en una “creencia” o “acto de fe” (28) con la consecuencia de “revelarse” “enemiga de cualquier intento de socialización del delincuente y de restauración de la paz jurídica de la comunidad afectada por el crimen” (29).

Entre tanto, la supuesta inadecuación ética y carencia de científicidad son sólo aparentes. Si la pena tiene efectivamente por fin la realización de la justicia necesaria para la pacificación social, debe ser tomada como base la dignidad del agente como sujeto responsable de sus actos. Así, por rigor lógico, al menos como demuestra la fundamentación onto-anropológica de la pena, sería un contrasentido considerar la pena esencial a la justicia y, simultáneamente, un mal a la sociedad (30).

En tercer lugar, faltaría la demostración cabal de la competencia del Estado para penalizar, considerando que, en las sociedades liberales, el Estado no debe mantener el orden moral y sí cumplir funciones como la prevención de le-

(18) BETTIOL, “Diritto penale”, p. 725; COSTA, “Sentido da pena”, ps. 209 y 226-227; v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 58.

(19) Período en el que, por coincidencia, se observa un significativo declive en la frecuencia de los estudios acerca de la pena, así como la restricción en el ámbito de la reflexión, habiendo sido la temática “entregada a la suerte de la doctrina y dogmática penales” en un “claro divorcio o alienación de la filosofía política” (COSTA, “Noções fundamentais”, § 14, p. 18 y, antes, COSTA, “Sentido da pena”, p. 210).

(20) SCHMIDHÄUSER, “Sinn der Strafe”, ps. 44-45.

(21) DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 8, p. 47.

(22) *Ibidem*, p. 48; GALAIN PALERMO, “La Reparación del Daño”, p. 345, supuestamente siguiendo la comprensión general de ROXIN, “Strafrecht”, § 3, nm. 8, p. 73.

(23) Son objetivos fundamentales de la “República Federativa de Brasil I - construir una sociedad libre, justa y solidaria”, así como es el destino de la institución del “Estado Democrático” brasileño “asegurar” la “justicia”, entendida en el conjunto de los “valores supremos” (art. 3º, I y Preámbulo de la Constitución Federal brasileña). En el mismo sentido, es el art. 1º de la Constitución de la República Portuguesa, el art. 44 de la Constitución del Perú e igualmente el reconocimiento del valor de la justicia —al menos en lo que se refiere al ordenamiento jurídico internacional— se encuentra en el art. 11 de la Constitución Italiana. Sobre el “derecho justo” como la expectativa que se tiene del derecho positivo, NAUCKE — HARZER, “Rechtsphilosophische Grundbegriffe”, p. 2, nm. 5 y sobre la calificación del derecho exactamente a partir de la característica de que “él tiene el sentido de ser justo”, RADBRUCH, “Rechtsphilosophie”, p. 95.

(24) COSTA, “Noções fundamentais”, § 24, p. 20. En atención a la idea de justicia material, en lo esencial, también BERZ, “Materialer Rechtsgüterschutz”, p. 36.

(25) HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”, ps. 28-29.

(26) Así, en el iluminismo italiano del Alessandro Manzoni, CATTÁNEO, “Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni”, ps. 205-206.

(27) DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 10, ps. 48-49.

(28) ROXIN, “Strafrecht”, § 3, nm. 8, p. 73; SANTOS, “Direito penal”, p. 455. En sentido próximo, FIANDACA — MUSCO, “Diritto penale”, ps. 703 y 717.

(29) DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 10, ps. 48-49.

(30) Más detalles, COSTA, “Sentido da pena”, ps. 209 y 219. En lo esencial, parece haber perfecto consenso con Claudia Santos cuando afirma que “la pena es, al menos en parte, inevitablemente un mal, ella también tiene que ser, en virtud de las finalidades que persigue, inevitablemente un bien” (SANTOS, “A justiça restaurativa”, p. 338).

siones y la protección de bienes necesarios para una vida segura (31). Así, el retribucionismo no se ligaría “directa e inmediatamente a la función del derecho penal de tutelar subsidiariamente bienes jurídicos” (32).

Sobre ello debe reafirmar que el derecho penal no tiene ninguna dependencia con un orden moral disociado del propio ordenamiento jurídico. Si el derecho penal es efectivamente entendido como la fragmentaria y subsidiaria técnica de tutela de bienes, tendrá su conformación legítima sólo en aquel ámbito de intervención rigurosamente restringido a los límites del “mínimo ético” (33), reconocible jurídicamente por una determinada comunidad en un determinado tiempo. El efecto de prevención de la ofensa de bienes jurídicos se conecta a la retribución penal de la culpa exactamente en lo que le es hasta cierto punto inherente (34). La retribución de la culpa también cumple fines o tiene efectos preventivos (35).

Cuarto, no habría explicación acerca de la necesidad de la censura, es decir, por qué razón algo con significado de pena debería ser infligido el autor de la conducta y no sólo una sanción neutral. Además, se agregaría el cuestionamiento en relación con la presunción de la necesidad absoluta del castigo, lo que eventualmente acarrearía la exigencia universal de pena para todo hecho delictivo (36), independiente de la especie de delito y del caso en concreto.

En respuesta, debe señalarse que mucho se duda de la realidad de sanciones neutras en términos éticos y axiológicos. Si las sanciones neutras vinieran efectivamente a existir no serían propias del derecho penal, sino típicas de otras

áreas del ordenamiento jurídico (37). La noción de pena trae consigo la necesidad de ser desagradable al condenado (38). Es importante valerse del refinamiento dogmático adelantado acerca de las cuatro cuestiones acerca de la pena: por qué, para qué, cómo y cuándo castigar.

Son instancias diferentes de reflexión que remiten a aspectos diferentes del mismo instituto. La doctrina de la retribución responde a la primera pregunta (39), en la medida en que afirma el deber de castigar al agente debido a la culpa por la realización del hecho, pero no va mucho más allá de la intención de realización de la justicia penal para indicar exhaustivamente tanto las finalidades de la pena, ya sea como y cuando se produzca el castigo. Es por esa razón que la previsión legal y la formulación doctrinal del instituto de la dispensa o exención de pena no atacan el retribucionismo sostenido en la culpabilidad como fundamento de la pena.

El reconocimiento del juicio positivo de culpabilidad no siempre implica una pena, no significa negar la culpabilidad como fundamento de la pena. Sólo se percibe que hay hipótesis legales especiales, expresamente previstas, de exención de pena relacionadas con la necesidad del castigo, o sea, circunscritas al “cuándo” castigar —por ejemplo, en los casos de los arts. 121, § 5 y 129, § 8, del CP brasileño (40)—. No hay duda de que los hechos exentos de pena son típicos, ilícitos y culpables. Es decir, son delitos —como expresión de desvalor jurídico— no punibles. Persiste

(31) ROXIN, “Strafrecht2, § 3, nm. 8, p. 73; RODRIGUES, “Medida da pena”, ps. 218 e 237; DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 9, p. 48.

(32) DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 16, p. 52 e ROXIN, “Strafrecht”, § 3, nm. 8, ps. 72-73.

(33) JELLINEK, “Bedeutung von Recht”, p. 45. Específicamente, en el derecho penal, “los bienes jurídico-penales que se defienden son el patrimonio mínimo ético social” (COSTA, “Sentido da pena”, p. 222, nota 44).

(34) v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 55.

(35) Para más detalles, ver punto IV.

(36) KOTSOGLU, “Das schweibende Strafrecht”, ps. 16-17.

(37) Sobre los criterios para la criminalización de una conducta social —merecimiento de pena, necesidad de pena y la dignidad de tutela penal— en aproximación al análisis de la estructura trifásica de la proporcionalidad, RUIVO, “Criminalidade financeira”, ps. 43-44.

(38) WITTGENSTEIN, “Tractatus logico-philosophicus”, nro. 6.422, p. 83.

(39) Así, parece superarse los obstáculos señalados en GRECO, “A ilha de Kant”, ps. 276-278.

(40) “Homicidio simple. Art. 121. Matar a alguien: Pena - reclusión, de seis a veinte años. Homicidio culposo. § 5º En la hipótesis de homicidio culposo, el juez podrá dejar de aplicar la pena, si las consecuencias de la infracción alcanzan al propio agente de forma tan grave que la sanción penal se vuelva innecesaria” y “Lesión corporal. Art. 129. Ofender la integridad corporal o la salud de otro: Pena - detención, de tres meses a un año. Pena - reclusión, de dos a ocho años. Lesión corporal culposa. § 8º Se aplica a la lesión culposa lo dispuesto en el § 5º del art. 121”.

el ideal de que toda pena requiere la culpabilidad que es su fundamento (*nulla poena sine culpa*) (41), sin embargo, hay casos en los que, aunque exista culpabilidad, carece de razón para la punibilidad de la conducta, conforme dispone manifiestamente la ley.

No hay razón para creer que toda infracción penal exigiría inapelablemente el imperativo categórico del castigo, algo que a veces se confunde en la crítica. Acoger el axioma que impide la instrumentalización del hombre, segundo el iluminismo de Beccaria y Kant, no implica mantenerse limitado a las fronteras del modelo kantiano como un todo acabado y perfecto (42).

Quinto, se alegraría una tendencia a la pérdida de la claridad en la explicación al convocar metáforas imprecisas. El retribucionismo tradicional y el neo-retribucionismo utilizarían la expresión “la pena retribuye el ilícito”, la alegoría del delincuente “que paga con la misma moneda” o la noción de que la pena podría revocar el injustificado beneficio obtenido con el delito (43). Esta crítica trata más de la incapacidad de las metáforas en la aclaración de lo que exactamente justifica la retribución, que propiamente de la oposición al ideal y el fundamento de esa orientación. Es viable superar tales obscuridades en la explicación de las razones del retribucionismo, por medio de argumentaciones más claras, objetivas y mejoradas.

La retribución es expresión de los principios de libertad y autonomía y, consecuentemente, responsabilidad e igualdad (44), lo que permite basar su fundamento en un juicio axiológico o ético-jurídico concretado en la culpabilidad

(41) Por ejemplo, recientemente, con la correcta separación entre fundamento y fines de las penas, DOTTL, “Direito penal”, p. 527.

(42) Así, aunque sin resaltar la distinción entre fundamento y finalidades de la pena, parece claro en la noción de “deber relativo de castigar” en GRECO, “A ilha de Kant”, ps. 276-277.

(43) v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 45.

(44) COSTA, “O perigo”, p. 386; COSTA, “Sentido da pena”, p. 209. En la Argentina, semejante, DONNA, “Derecho penal”, p. 320. Históricamente, los mismos críticos del derecho penal liberal ya reconocían que “también el liberalismo puede aceptar la pena retributiva” (DAHME — SCHAFFSTEIN, “Liberales oder autoritäres Strafrecht”, p. 8).

del agente de la conducta ofensiva, desvaliosa y reprochable, al bien jurídico. Es preciso tener conciencia de que eso se aleja obligatoriamente de cualquier intención utilitarista profiláctica y también de cualquier clamor social por venganza (45), porque se refiere al deber de realización de justicia en el campo de intervención del derecho penal.

III. Las finalidades de la pena criminal (o las llamadas “doctrinas relativas”)

Las finalidades de la pena son las denominadas doctrinas relativas de la pena. Se llaman doctrinas relativas porque conciben la pena no como un mal legítimo en sí mismo para la justa y proporcional retribución del desvalor del delito, sino como un instrumento jurídico para el cumplimiento de una finalidad o función. Por lo tanto, la pena debe atender o buscar atender a la “finalidad preponderante de toda la política criminal, la prevención o profilaxis criminal” (46), teniendo en su naturaleza un “instrumento político-criminal destinado a actuar (psíquicamente) sobre la generalidad de los miembros de la comunidad, alejándolos de la práctica de delitos a través de la amenaza penal” (47). Tal entendimiento encuentra en sus inicios la supuesta afirmación de Protágoras —con aval de Platón— que puede ser leída, casi cuatro siglos después, en Séneca “Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur” (48).

La noción de pena como prevención de delitos ganó espacio con algunas narrativas iluminis-

(45) COSTA, “Sentido da pena”, p. 234; MANTOVANI, “Diritto penale”, ps. 734 e 738.

(46) DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 11, p. 49.

(47) *Ibidem*, § 14, p. 50.

(48) La narración de Séneca se construye tomando en consideración la gravedad de los crímenes y la necesidad de juicio según la referencia de la razón, lo que, en parte, parece chocar o, al menos, limitar la primacía de la prevención sobre el justo castigo del delincuente (SENECA, “De ira”, Libro 1, § 7.º, p. 158). Tal comprensión arrancarían de la inexorable irreversibilidad del tiempo pasado y la necesidad imperiosa de resignación con la institución presente de la prohibición para el efecto futuro (*revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*), sin embargo, al desconsiderar que la justicia hecha en el presente toma por base el hecho pretérito y proyecta consecuencias para el futuro polariza su atención en demasía en la ejemplaridad del castigo (SENECA, “De ira”, Libro 1, §§ 7.º e 8.º, p. 158).

tas, tanto en el sesgo de la prevención general, como de la prevención especial o individual. Por ejemplo, más de 1700 años después de Séneca, el ideal preventivo (especial y general) se incorpora al pensamiento iluminista italiano. Beccaria afirmaba que el “fin de las penas no es el de atormentar y afligir un ser sensible, ni el de anular un delito ya cometido”, sino “impedir al reo de hacer nuevos daños a sus conciudadanos y de disuadir a los demás de hacer lo mismo” (49).

La característica esencial de las doctrinas relativas consiste en su naturaleza anticipatoria o profiláctica con particular atención al futuro, razón por la cual se aplica la denominación de preventivas por la intención de *praevenire* (*prevenir*) de diversos modos la práctica de conductas futuras. Estas orientaciones reciben una división en prevención general, relativa a la comunidad en general, y especial, relativa al individuo en específico. El primer grupo es compuesto por la prevención general negativa y por la prevención general positiva, ya el segundo por la prevención especial negativa y por la prevención especial positiva.

III.1. Prevención general negativa (intimidación)

Una de las primeras teorizaciones, referida hasta hoy, con una aparición preventiva general negativa es la doctrina de la “coacción psicológica” (*psychologischen Zwang*) que concibe la “finalidad de amenaza de la pena” literalmente como elemento de “intimidación” del eventual autor del delito (50). La redacción legal del ilícito penal y la asociación a él de una pena desestimulan —en virtud de la amenaza de pena— a

(49) BECCARIA, “Dos delitos”, ps. 84-85. Beccaria sería, para algunos, el primer penalista que se dedicaría, de modo teórico y global, al desafío de la prevención de los crímenes, lo que podría ser estudiado en el conjunto del pensamiento filosófico denominado, en los días de hoy, como comunitarismo (KINDHÄUSER, “Prevención criminal de Cesare Beccaria”, ps. 152 y 161).

(50) v. FEUERBACH, “Lehrbuch/1826”, § 16, p. 20. Más adelante, es seguida por Schopenhauer cuando afirma sobre el fin de la pena que “la única finalidad de la ley es intimidación del perjuicio a los derechos de otros” (SCHOPENHAUER, “Die Welt als Wille und Vorstellung”, p. 309). Sobre la concepción de Schopenhauer, GOTTLIEB, “Schopenhauers Einfluß”, p. 58. En la doctrina italiana, en 1894, ALIMENA, “La scuola critica di diritto penale”, ps. 30 y 32, en Brasil, en 1896, BEVILAQUA, “Criminologia e direito”, ps. 15-16.

aquellos interesados en practicar el hecho descrito (51).

Esta orientación ha recibido críticas tradicionales que deben mencionarse. En primer lugar, la historia muestra que el ideal de intimidación no pudo impedir la utilización de penas corporales en la Edad Media y de largas penas de prisión en el período moderno (52). No se logra ni siquiera comprobar la utilidad y determinar el *quantum* necesario de pena aflictiva para obtener el fin establecido (53). Segundo, la falta de un criterio limitador de la intensidad de la pena permite el surgimiento del Estado aterrorizador del individuo, que retira la tranquilidad de los ciudadanos y obtiene obediencia por medio de la amenaza penal (54). Tercero, esa orientación no puede superar la visión del pragmatismo utilitario del costo-beneficio para asumir la finalidad de realización de la justicia como tal (55). Cuarto, ocurre el uso de la sanción penal de modo ejemplar para eventuales y futuros delincuentes, a través de la instrumentalización del ser humano para cumplir una utilidad jurídica o social (56), lo que es vedado en un Estado Democrático de Derecho fundado en la “dignidad de la persona humana” (57).

III.2. Prevención general positiva (confirmación de la vigencia de la norma)

En la segunda mitad del siglo XX, se autonomizó la propuesta de la prevención general de

(51) Así, en el enfoque económico del derecho, EIDENMÜLLER, “Effizienz als Rechtsprinzip”, ps. 353-354.

(52) SANTOS, “Direito penal”, p. 459; DIAS, “Direito Penal2, Cap. 4, § 17, p. 53.

(53) JAKOBS, “Strafrecht”, 1/30, ps. 21-22; DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 17, p. 53; HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”, p. 20.

(54) ROXIN, “Strafrecht”, § 3.º, nm. 32 p. 83, seguido por SANTOS, “Direito penal”, p. 459. Un caso emblemático se encuentra en la historia francesa del siglo XVIII, cuya pretensión de seguridad pública por medio de sanciones ejemplares oportunizó la manifestación de la “Déclaration royale du 4 mars 1724”, en la que constaba expreso que “el hurto (el robo) doméstico será castigado con la pena de muerte” (LAINGUI — LEBIGRE, “Histoire du droit penal”, ps. 117 y 119).

(55) En ese sentido, en Manzoni, CATTÁNEO, “Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni”, p. 206.

(56) Véase la nota 13.

(57) La República Federativa del Brasil tiene como fundamento la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, Constitución Federal).

carácter positivo o también conocida como “integración / prevención” (58). El exacto sentido de la prevención general positiva todavía no es unívoco en términos dogmáticos y político-criminales, teniendo en cuenta que dos distintas concepciones son posibles de identificar. Para unos, la prevención general positiva desempeñaría apenas otra finalidad en el conjunto de los propósitos de la pena (59). Consistiría en la demostración de la “inviolabilidad del derecho” necesaria para preservar la “confianza en el orden jurídico” y reforzar la “fidelidad del derecho” del pueblo (60). Al menos, tres efectos serían reconocidos: fidelidad al derecho, confianza del ciudadano en el derecho y pacificación (61).

Algunas críticas son evidenciables en consideración a esta orientación. En primer lugar, lo que todo parece indicar que, lo pretendido con la llamada prevención general positiva son efectos favorecidos por la noción de pena como retribución del delito. Además, esos fines serían alcanzados de manera más efectiva, cuanto más seguro sea el castigo, ya que no se duda de la fidelidad al derecho, la confianza del ciudadano y, por consiguiente, la “pacificación social” depende de tal seguridad ofrecida por la certeza en la seguridad reproche. En segundo lugar, el fundamento de la pena deja de ser la reprobación del hecho delictivo para, desvinculándose de ese núcleo fundamental, asumir la finalidad de evitación de nuevas ocurrencias delictivas.

En otros, la doctrina de la prevención general es llevada a sus últimas consecuencias. Es decir, la “afirmación de la validez de la norma”—se diga afirmación del sentido que ella encierra— es asumida como la finalidad legítima del

derecho penal, a tal punto que pasa a ser concebida como el único “bien jurídico-penal” (62). La prevención se define como “demostración de la validez de la norma” manifestada por medio de la “reacción” contra el comportamiento del violador de la norma (63). Reacción que se considera necesaria para “reafirmar las expectativas normativas” frustradas con la ocurrencia del delito (64). El delito significaría el “rechazo del reconocimiento” de la norma por los miembros de la sociedad y, por lo tanto, la pena sería “el restablecimiento de la relación de reconocimiento” de la norma (65). El fundamento y la finalidad de la pena se confundirían sintetizados en interés de “evitar las consecuencias peligrosas del delito para la comunidad” (66).

En atención a la modalidad radical de prevención general positiva, algunas objeciones son necesarias. En primer lugar, es una comprensión que se aparta de la realidad del hecho concreto ofensivo al bien jurídico (67), para atribuir al derecho penal y, en específico, a la pena una función abstracta e indefinida de afirmación de la validez de las normas (68). La pretensión de fidelidad del individuo y reforzadora de la confianza social en el derecho es aún más dudosa, si el propio orden jurídico es entendido como determinado por diversos intereses político-criminales la primera vista no siempre coherentes y armónicos. La capacidad orientadora de conductas de cualquier norma jurídica se sujeta en última instancia al reconocimiento comunitario de una cierta legitimidad ético-axiológica identificada en su contenido.

(58) SANTOS, “Direito penal”, p. 460. Esto no quiere decir que, en 1896, la finalidad de refuerzo de los valores de la norma ya no pudiese ser leída en la afirmación de Clovis Bevilacqua de que la pena “producirá en el organismo psíquico, en la conciencia de la especie, una saturación de los principios que ella defiende” (BEVILAQUA, “Criminologia e direito”, p. 17).

(59) ROXIN, “Strafrecht”, § 3.º, n. 41, p. 87. Véase que Roxin sostiene una concepción unificadora de las finalidades de la pena (ROXIN, “Strafrecht”, § 3.º, n. 60, p. 95).

(60) ROXIN, “Strafrecht”, § 3.º, n. 26, p. 80.

(61) *Ibidem*, n. 27, ps. 80-81.

(62) JAKOBS, “Strafrecht”, n. 5, ps. 36-37. Según esa orientación, la categoría del bien jurídico ni sigue con la misma comprensión, ni desempeña su función tradicional reconocida por la doctrina penal (JAKOBS, “Strafrecht”, n. 3-4, ps. 35-36 e ns. 7-8, ps. 37-38); KINDHÄUSER, “Logik des Verbrechensaufbaus”, p. 84.

(63) *Ibidem*, n. 1-2, p. 5, n. 3, p. 6.

(64) *Ibidem*, n. 6, p. 7.

(65) SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, ps. 690-691; KINDHÄUSER, “Logik des Verbrechensaufbaus”, ps. 85-86.

(66) SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, p. 691.

(67) Sobre la centralidad del concepto de delito como ofensa a bien jurídico, D’ÁVILA, “Ofensividade”, ps. 57-79, con mayores detalles, D’ÁVILA, “Omissivos Próprios”, ps. 39-62.

(68) BITENCOURT, “Direito penal”, ps. 102-103.

Segundo, el alejamiento del valor tutelado desmaterializa, no define y amplía el espacio de intervención jurídica, haciendo que el derecho penal vuelva paradójicamente al más empedernido legalismo. La norma se convierte en el gran bien a ser protegido, que ciertamente tiene su valor afirmado sólo por ser una expectativa de conducta, cuyo ideal se adecuaría al núcleo del positivismo jurídico basado en el valor de la seguridad jurídica. La finalidad no sería la reafirmación de la vigencia general de la norma, instituyente de un ámbito de protección del bien jurídico variable de acuerdo con el contexto interpretativo, antes de eso sería la afirmación de la vigencia de un rígido sentido de la norma. De ahí se puede decir que no es la confirmación abstracta de la existencia de la norma de conducta, sino siempre la intervención concreta para preservar un sentido específico y tendencialmente invariable de ella.

III.3. *Prevención especial negativa (neutralización)*

Las doctrinas de la prevención especial eligen la ejecución de la pena como tema de reflexión, pues tanto la prevención especial negativa (neutralización) derivada de la ejecución de la pena, como la prevención especial positiva (resocialización) son ideales que eventualmente podrán alcanzarse durante el cumplimiento de la pena. La neutralización o la inocuización del condenado con el fin de que no cometa nuevos delitos, mientras esté cumpliendo la pena, es buscada directamente de dos formas. La mayoría de las veces se piensa en la restricción de la libertad total o parcial, por medio de la prohibición de frecuentar determinados lugares durante cierto período (69). Igualmente, nada impide que se obtenga el mismo efecto de modo indirecto en el período en que el condenado presta servicios a la comunidad.

Los límites de tal fin para alcanzar la calidad de fundamento general de la pena son significativos. Primero, considera a todo aquel que comete un delito como una constante y efectiva amenaza social, que reclamaría la intervención neutralizadora en la calidad de única medida adecuada. En realidad, esta caracterización

(69) Dispone el art. 47 del CP "Art. 47: Las penas de interdicción temporal de derechos son: (...) IV - prohibición de frecuentar determinados lugares".

atiende sólo una parte de los autores de delitos —v.gr., criminales sexuales—, siendo incapaz de ser extendida legítimamente al múltiplo universo de las variadas especies de delitos. En segundo lugar, la estrategia de control de la criminalidad por medio de la privación de la libertad es ampliamente cuestionable en términos criminológicos debido a su temporalidad patente, considerando que produce efectos sólo en el período de ejecución de la pena.

III.4. *Prevención especial positiva (resocialización o reintegración)*

La orientación de la prevención especial positiva está respaldada por el ideal de reeducación y reinserción social del condenado en la comunidad libre y democrática. Parte del principio de que el delito es un acto de "ignorancia" o incluso una "patología", obra de un criminal entendido como alguien apartado de la realidad comunitaria. Según esa orientación, los criminales —o al menos su mayoría— tienden a ser concebidos como sujetos peligrosos poco desarrollados cultural o éticamente, portadores de "enfermedades" y por eso carecen de educación o tratamiento (70). Estas medidas se justifican con total o parcial independencia, respecto al juicio de culpabilidad por el hecho, pero siempre tienen en cuenta las condiciones personales del condenado. Por encima de todo, el derecho penal y la pena son entendidos como dirigidos al ejercicio curativo y pedagógico. Los antecedentes recientes de esa orientación —aunque con fundamentos diversos a los defensores actuales— se encuentran en el pensamiento del positivismo antropológico italiano (71) y en la *nouvelle défnse sociale* francesa (72), al proponer capacidades correctivas del condenado por medio de la imposición de la pena.

No siempre destacados por la doctrina son los rasgos marcados que ese programa reeducativo o reintegrativo (73) tienen en la legislación inter-

(70) En sentido crítico, ALIMENA, "La scuola critica di diritto penale", ps. 17, 19 y 33.

(71) ALIMENA, "La scuola critica di diritto penale", p. 19; RODRÍGUEZ DEVESA, "Derecho penal", p. 833.

(72) BETTIOL, "Diritto penale", ps. 740-742, especialmente, p. 740, nota 47.

(73) Independiente del sentido exacto que sea buscado con la prevención especial positiva —sea en forma de

nacional (74) e infraconstitucional brasileña. Por ejemplo, en Brasil, se manifiesta en los modelos en que la pena privativa de libertad es “ejecutada en forma progresiva con la transferencia a régimen menos riguroso” (75) hasta que el condenado alcance la plena capacidad de retornar a la vida libre y en las oportunidades de remisión de la pena “por trabajo o por estudio” (76), previstos en los arts. 112 y 126 de la Ley de Ejecución Penal - LEP (ley 7210/1984).

Sin embargo, esa comprensión está expuesta a considerables críticas. En primer lugar, la premisa del alejamiento social de todos los criminales de donde parte la prevención especial positiva no encuentra perfecto respaldo en la antropología y la criminología contemporánea. Así, la hablada socialización sería, en verdad, más la adherencia a cierta comprensión ética de la vida en comunidad que propiamente la adquisición de interacción social en sí misma (77).

resocialización, sea en la reintegración, a partir del pensamiento de Alessandro Baratta— ver SANTOS, “A justiça restaurativa”, ps. 317-318.

(74) Hay países, a diferencia de Brasil, en los cuales el deber del estado de “reeducación” y “reinserción social” del apenado llega a tener estatuto constitucional, como son los casos del art. 25.2 de la Constitución española, cuyo texto, como indica la doctrina, positiva la acogida del correccionalismo —después del final del siglo XIX— sobre todo de Karl August Röder (RODRÍGUEZ DEVESA, “Derecho penal”, p. 832 y nota 45) y del art. 139, n. 22 de la Constitución Peruana. Anteriormente, en el mismo sentido, es el deber de “tender la reeducación del condenado” contenida en el art. 27, *comma terzo* de la Constitución italiana. Sobre correccionalismo de Krause y su discípulo Röder en la legislación portuguesa, DIAS, “A reforma do código penal português”, ps. 109-110.

(75) “Art. 112. La pena privativa de libertad se ejecutará en forma progresiva con la transferencia a un régimen menos riguroso, que será determinado por el juez, cuando el preso haya cumplido al menos un sexto de la pena en el régimen anterior y ostentar un buen comportamiento carcelario, comprobado por el director del mismo establecimiento, respetando las normas que vedan la progresión”.

(76) “Art. 126. El condenado que cumple la pena en régimen cerrado o semiabierto podrá remitir, por trabajo o por estudio, parte del tiempo de ejecución de la pena”.

(77) La dificultad de seguir el modelo general resocializador para el específico caso del delincuente de cuello blanco muestra que el problema no es propiamente la socialización o interacción social, sino la reactivación del “respeto de los valores fundamentales de la vida en sociedad” (FIANDACA — MUSCO, “Diritto penale”, ps. 705-706).

En segundo lugar, la imprecisión del contenido esencial de la resocialización arriesga violar los derechos a la “libertad de conciencia y de creencia” (78) y a la integridad psíquica del condenado, por medio de una comprensión incorrecta del deber del Estado de resocializar o, aún más grave, del condenado, de dejarse resocializar. No hay como alejar completamente la constatación de que el deber imperativo de reforma del condenado es una constante en las doctrinas correccionalistas, aun cuando no sean animadas por un espíritu paternalista moralizador o médico curativo estatal. La imposición jurídica de tal reforma íntima desafía el núcleo esencial de las repúblicas democráticas y pluralistas, porque la persona no tendría el derecho pleno de autodeterminación y de responsabilidad por sus conductas (79). Es decir, cada vez que se le condenara, la internalización de valores de cierta comprensión ética comunitaria sería obligatoria. Conforme a esa orientación, la pena no sería un bien por tratarse de un medio que presupone una persona capaz y responsable en el ejercicio de su libertad, sino porque corrige y educa —o socializa— al criminal. En síntesis, la “idea de defensa social”, que la prevención especial positiva encarna, “se pone en pura antítesis con la idea retributiva” (80).

Tercero, hay casos de delitos de indudable gravedad cometidos por agente que no demuestra ninguna predisposición a volver a delinquir, como es el caso de los delitos pasionales. En defensa de la prevención especial positiva se ha afirmado —aunque sin erigirla como la única finalidad (81)— que, si se entiende como “prevención de la reincidencia”, sería un “componente irrenunciable de las finalidades de la pena”, porque estaría ligada directamente a la

(78) Art. 5º, VI de la Constitución Federal de Brasil.

(79) En ese sentido, el Tribunal Constitucional alemán ya decidió —en 1967— que “el Estado no tiene la tarea de “mejorar” a sus ciudadanos y por eso tampoco el derecho de retirar su libertad para mejorarlos” (BVerfGE, 2. Senat, 18/07/1967, v. 22, ps. 219-220). Sobre ello HASSEMER, “Verurteilte bessern”, p. 238 y ROXIN, “Strafrecht”, § 3.º, nm. 17 e 39, ps. 76 y 86.

(80) BETTIOL, “Diritto penale”, p. 741.

(81) Hassemer considera la doctrina de la prevención general positiva a la mejor “candidata” para colocar el ideal de resocialización en su debido lugar (HASSEMER, “Verurteilte bessern”, ps. 238-240).

función del derecho penal de tutelar el bien jurídico (82).

Sin embargo, debe considerarse que se trata de un modelo de justificación altamente preventivo orientado al futuro, con inclinación a desconsiderar el hecho pasado, que, por otra parte, es la razón de existencia del proceso penal y de la aplicación de la pena. Así, el derecho penal abandonaría la finalidad de realizar la justicia penal para asumir la intención de apartar a las personas de la práctica de delitos, dado que la pena no se orientaría por la justa retribución de la culpa.

Presentadas las críticas a la doctrina de la resocialización, se debe confrontar brevemente la diferencia entre el ideal cuestionable de “resocialización” y la “evitación de la nueva desocialización”. Mientras que por resocialización se pretende un ideal más cercano al paternalismo, por evitación de nueva desocialización se tiene la postura concreta que debe asumir el Estado para castigar al delincuente sin proporcionar el empeoramiento en su estado físico, psíquico, cultural más allá de aquello absolutamente inherente a la aplicación de la sanción. Más que eso, es conveniente que no sobrepase los límites propios de la pena, a fin de salvaguardar las hipótesis de autónomo desarrollo biopsíquico-cultural de aquellos que tienen ese interés (83).

A partir de eso, se obtienen bases doctrinales más sólidas para el esclarecimiento del significado propio del deber de la ejecución penal “proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado” contenido en el art. 1º de la LEP (84). El derecho del condenado al digno tratamiento, con respeto a su integri-

dad psíquica ya las libertades de conciencia y creencia durante la ejecución de la pena, impide la aceptación del programa resocializador de la prevención especial positiva como razón de existir de la pena. Los efectos de la pena en la restricción de derechos fundamentales no pueden sobrepasar aquellos inherentes a la naturaleza misma de la pena.

IV. La confusión del fundamento con las finalidades de la pena en las llamadas “doctrinas unificadoras” o “sincréticas”

Las doctrinas unificadoras o sincréticas fueron propuestas por medio de distintas combinaciones y priorizaciones de diversas finalidades de la pena con el propósito de superar problemas particulares y llenar lagunas explicativas de cada una de las doctrinas base. Las doctrinas unificadoras de la “prevención general moderada por medio de los criterios de justicia” han alcanzado nuevos defensores (85), después de haber recibido casi unánime rechazo. Von Hirsch, por medio de un análisis aproximado de la tradición del derecho penal del *Common law* con la dogmática alemana, retoma la cuestión de la inexactitud e insuficiencia del debate de la pena sólo en el horizonte dicotómico de las doctrinas puramente absolutas o puramente relativas (86). Considera que la teoría de la pena asume “naturaleza compleja”, de modo que contiene un “juicio moral” (censura) y el “desaliento” (prevención) de la realización de la conducta criminal (87).

Sin embargo, incluso las nuevas comprensiones de las doctrinas unificadoras siguen siendo objeto de críticas, ya que quieren hacer integrar finalidades relativas en un cuerpo teórico que se pretende predominantemente absoluto. En parte, vale lo que correctamente se afirmó sobre la comprensión diacrónica de Eberhard Schmid-

(82) DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 24 e 26, ps. 56-57; BITENCOURT, “Direito penal”, p. 98.

(83) En el sentido de que el Estado debe ofrecer los medios necesarios para la reinserción social del condenado sin obligar la resocialización, DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 24. p. 56 y entendiendo que ese es el “objetivo tendencial” de la pena, FIANDACA — MUSCO, “Diritto penale”, ps. 701-702.

(84) El art. 1º introdujo nuevas intenciones legales en el sentido de que la ejecución penal debe por “objetivo efectivizar las disposiciones de sentencia o decisión criminal y proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado o del internado”. Similar es el art. 60 de la Ley de Ejecución Penal de Perú.

(85) SEELMANN, “Hegels Straftheorie”, p. 691. Por ejemplo, v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, ps. 43-67; HÖRNLE, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien”, ps. 11-30.

(86) v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, ps. 55-56. Partiendo de la misma cuestión, con otra perspectiva, para proponer la reparación del daño como “equivalente funcional de la pena”, GALAIN PALERMO, “Reparación del daño”, ps. 347-348 y 364.

(87) v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 56, nota 31.

häuser (88) acerca de situarse en una “visión inmediatesta del problema por los destinatarios de las normas penales” (89), que acaba por olvidar el hecho de que la pena sea una institución entera, pasible sólo de perspectiva en sus diversos momentos.

Esencial es recordar la reflexión de Nietzsche acerca de la supuesta imposibilidad de determinar rigurosamente el exacto sentido del castigo (90). Se trata de la amenaza constante a la realización de la justicia penal en los tribunales, que terminaría por reflejar la confusión entre los fundamentos y las finalidades de la pena o incluso la polarización del estudio sólo en las distintas, en buena medida, tendencialmente, incontrolables finalidades de la pena. Mayor es la dificultad de entender el fenómeno del castigo si el fundamento de la pena termina superpuesto o igualado a las finalidades. En última instancia, la fragmentación del sentido de la pena —conforme a la realidad del condenado y de cada uno de esos actores— (91) tiene la inevitable consecuencia de reducir el problema del fundamento sólo al problema de la consecución de finalidades.

También el contemporáneo reavivamiento de las doctrinas unificadoras con desafío de armonizar la utilidad preventiva al fundamento axiológico demuestra, inexorablemente, la preponderancia del fin sobre el fundamento en las hipótesis de colisión entre ambos (92). Ciertamente, que asumir doctrinas sincréticas, que equiparen fundamentos y fines para la solución del problema, incrementa la posibilidad de ampliación de la oscuridad y del descontrol en el juicio

(88) SCHMIDHÄUSER, “Vom Sinn der Strafe”, p. 87-104, esp. 102-104.

(89) DIAS, “Direito Penal”, Cap. 4, § 35, p. 62.

(90) Nietzsche afirma que el concepto de pena no representa un sentido, sino una “síntesis total de sentidos” que “cristaliza en una forma de unidad, la cual es difícilmente soluble, difícil de analizar” y “totalmente indefinible”, de modo que es “imposible decir exactamente porque realmente fue castigado” (NIETZSCHE, “Genealogie der Moral”, p. 71, nm. 317).

(91) SCHMIDHÄUSER, “Vom Sinn der Strafe”, p. 87-102.

(92) Véase, ejemplarmente, la propuesta de v. Hirsch que, en ciertos casos, en una sociedad pacífica y económico-socialmente suficientemente desarrollada, no habría la necesidad de prevención lo que justificaría la impunidad (v. HIRSCH, “Tadel und Prävention”, p. 58).

de la idoneidad y de la necesidad de aplicación de la pena.

V. La función de la pena diferente de su fundamento y de sus finalidades

Realizado el estudio del fundamento y de las diversas finalidades de la pena, así como de las llamadas doctrinas absolutas y relativas, es el turno de analizar la propiedad explicativa de esa bipartición clasificatoria y el funcionamiento de algunas penas en particular. Para ello, se enfrenta ámbitos poco claros, en los cuales la confluencia de distintos efectos es perceptible en el instituto de la pena criminal. La determinación del fundamento de la pena, basada en el sentido retributivo de la culpabilidad del agente, ni limita en términos doctrinales, ni impide en términos fácticos que la pena tenga otras funciones o consecuencias, a veces, incluso esenciales para orientaciones dogmáticas diversas. Por ejemplo, se examina el funcionamiento de la prevención general negativa. La prohibición de una determinada conducta con la asociación de una pena es capaz de orientar conductas de todos aquellos que ven en la ley la amenaza de castigo estatal, incluso en comunidades plurales. Se trata de algo propio de la intimidación instituida por la previsión de la pena, lo que es un fenómeno psíquico individual o colectivo independiente del fundamento identificado para la penalidad. Igualmente es algo que no se sujeta a la rigurosa determinación y control de la cantidad exacta de pena necesaria para la obtención de dicho resultado. En última instancia, es una cuestión profunda que depende de la confluencia de una serie de factores objetivos y subjetivos, que carecen de investigación empírica (93).

Algo similar ocurre en la eventual consecuencia de confirmación de la vigencia de la ley penal. La reafirmación normativa resulta de la certeza de la retribución en la exacta proporción debida a la realización de la justicia, pues, al final, la masiva orientación de las conductas de los ciudadanos depende del reconocimiento comunitario de la legitimidad y de la necesidad de la norma penal. Esto es, presupone que la postura estatal frente a la infracción de la norma

(93) En general, resaltando la necesidad del derecho penal de tomar atención a otras ciencias KOTSOGLU, “Das schweigende Strafrecht”, p. 36.

ma no sea, por un lado, abusivamente selectiva o injustificadamente condescendiente en el reconocimiento de los comportamientos punibles y, por otro, no excesiva y arbitraria en la medida de la pena aplicada. Muy breve: la confirmación de la vigencia de la norma depende de la justa y cierta punición.

En el ámbito de las consecuencias derivadas del funcionamiento de determinada especie de pena, es emblemático el caso de la pena privativa de libertad que acarrea la prevención especial negativa en la forma de segregación temporal del condenado como inevitable corolario. El efecto de segregación ocurre aun cuando no se tenga como intención la inocuización e incluso se reconozca significativas dudas criminológicas sobre la bondad del encarcelamiento. Se trata de algo de la propia naturaleza de la pena privativa de libertad, aunque sea ineficiente en lo que se refiere a la sostenibilidad de la estrategia de control de la criminalidad.

Por último, la experiencia del proceso de condena y de cumplimiento de la pena puede dar oportunidad al delincuente de reflexión ética y reforma de sus hábitos, de modo que se adecue a los valores del ordenamiento jurídico como espera la prevención especial positiva. Pero eso es absolutamente incontrolable por medio de los instrumentos penales, pues ciertamente depende de la voluntad del condenado. Hecho que es reconocido también por los defensores de la doctrina de la reeducación, cuando admiten que existe un punto de “crisis” teórica, en los casos en que el delito es “fruto de una elección político-ideológica” del individuo (94).

Si estas observaciones son correctas, se evidencia la inadecuación científica de la división doctrinal en estrecha dicotomía, porque algunas consecuencias son realmente inherentes a ciertas modalidades de pena independientes de la razón de castigar. Es muy probable que la clasi-

ficación teórica dicotómica no sea representativamente fiel de lo que la comunidad realmente idealizó y encontró en la pena a lo largo de la historia y que persiste a encontrarse en la actualidad. Difícilmente la representación de la pena goza de pureza conceptual o explicación unitaria en la imagen popular e incluso en la práctica cotidiana de los tribunales. El modelo explicativo dicotómico resulta inexacto e incompleto también por no percibir los matices de las comprensiones doctrinales, pues las orientaciones aparecen frecuentemente con una dogmática unificada o sincrética (95).

VI. Conclusión: La necesidad previa de la determinación del fundamento para la indicación de las finalidades en la teoría de la pena

La teoría cuatripartita de la pena se estructura en cuatro problemas esenciales: fundamento, finalidades, forma de castigo y oportunidad de castigo (punibilidad) (96). Por lo tanto, el prejuicio comprensivo de la visión que confunde equivale o suplanta el problema de la justificación del castigo por la discusión de la utilidad de los fines de la pena puede ser sintetizado en cuatro puntos:

- 1) la equivocación jurídico-filosófico de imaginar que el problema de los fines de la pena es más importante para la orientación de la intervención penal o incluso que es capaz de suplir la cuestión de la justificación de la pena;
- 2) la pérdida de rigor criminológico y político-criminal, al ocultar los exactos fundamentos, finalidades, necesidades y legítimos límites de la intervención penal, dado que no hay como evaluar realmente si la asociación de una pena a una determinada conducta desvalorosa tiene en su base un fundamento o una finalidad, o ambos;
- 3) la incapacitación categorial de la dogmática penal para la evaluación específica de la corrección de los intereses político-criminales en la penalización y despenalización de conductas o, más específicamente, en la sugerencia de la mejor forma de tratamiento de los conflictos hasta incluso diverso tratamiento de la justicia penal;

(94) FIANDACA — MUSCO, “Diritto penale”, p. 706. Sin embargo, no queda claro porque sólo las razones político-ideológicas son privilegiadas como contenido de la autonomía moral del autor del hecho, dejando las libertades de creencia y de conciencia ligadas a motivaciones de orden ético religioso o ético-personal sin ninguna protección constitucional.

(95) MANTOVANI, “Diritto penale”, p. 737.

(96) Ver Punto I, penúltimo párrafo.

4) la desorientación de la realización judicial del derecho, pues la práctica de los tribunales pierde la referencia de lo que legitima y delimita el castigo al vislumbrar un conjunto potencialmente indiferenciado de finalidades que se puede asociar a la pena;

Por último, la cuestión del fundamento —el porqué de la pena— sólo puede encontrar respuesta en la retribución de la culpabilidad del autor de la conducta ofensiva al bien jurídico (97). Esta determinación se deriva del respeto a la libertad, a la autonomía y a su responsabilidad, en un Estado democrático fundado en la igualdad política entre los ciudadanos.

En otro plano, la cuestión de la finalidad —el para qué de la pena— se refiere a una serie de fines prácticos relacionados con la utilidad del instituto. La utilidad de la pena no puede ser idealmente presumida tanto por el jurista, o por el filósofo, sino que depende de la verificación empírico-criminológica del fenómeno criminal orientada al diagnóstico de las específicas características del hecho, del perfil de su autor y del tipo de pena. Esto es, se refiere esencialmente al delito específico en cuestión y cuál es la hipótesis de sanción prevista en el ordenamiento penal.

VII. Bibliografía

ALIMENA, Bernardino, “La scuola critica di diritto penale: prolusione ad un corso di diritto e procedura penale nell’Università di Napoli”, Pierro, Nápoles, 1894. (citado: *La scuola critica di diritto penale*).

BECCARIA, Cesare, “Dos delitos e das penas”, trad. José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, 3ª ed. (citado: *Dos delitos*).

BETTIOL, Giuseppe, “Diritto penale. Parte generale”, Cedam, Padua, 1982, 11ª ed. (citado: *Diritto penale*).

BERZ, Ulrich, “Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unter-

nehmensdelikten”, Beck, München, 1986 (citado: *materialer Rechtsgüterschutz*).

BEVILAQUA, Clovis, “Criminologia e direito”, en BEVILAQUA, Clovis, *Criminologia e direito*, Livraria Magalhães, Salvador, 1896, ps. 9-21 (citado: *Criminologia e direito*).

BITENCOURT, Cezar Roberto, “Tratado de direito penal, parte geral”, Saraiva, São Paulo, 2009, 14ª ed., (citado: *Direito penal*).

CATTÁNEO, Mario, “Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni: illuminismi e diritto penale”, Giuffré, Milán, 1987 (citado: *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni*).

COSTA, José de Faria, “O perigo em Direito Penal”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992 (citado: *O perigo*).

COSTA, José de Faria, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena”, *Linhas de direito penal e de filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, ps. 205-235 (citado: *Sentido da pena*).

COSTA, José de Faria, “Noções fundamentais de direito penal”, *Fragmenta iuris poenalis*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 2ª ed. (citado: *Noções fundamentais*).

COSTA, José de Faria, “Ler Beccaria hoje”, en BECCARIA, Cesare, “Dos delitos e das penas”, Trad. José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, 3ª ed., ps. 5-27 (citado: *Beccaria*).

DAHM, Georg — SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Liberales oder autoritäres Strafrecht”, Hanseatische Verlag, Hamburg, 1933 (citado: *Liberales oder autoritäres Strafrecht*).

D’ÁVILA, Fabio, “Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009 (citado: *Ofensividade*).

D’ÁVILA, Fabio, “Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)”, *Studia Iuridica*, 85, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, ps. 39-62 (citado: *Omissivos Próprios*).

(97) Ver Punto I, último parágrafo.

DIAS, Jorge Figueiredo, "A reforma do código penal português: princípios e orientações fundamentais", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1972, v. XLVIII, ps. 107-144 (citado: *A reforma do código penal português*).

DIAS, Jorge Figueiredo, "Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime", Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 2ª ed., t. 1 (citado: *Direito penal*).

DONNA, Edgardo A., "Derecho penal: parte general", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006 (citado: *Derecho penal*).

DOTTI, René A., "Curso de direito penal, parte geral", 4ª ed. com colaboração de Alexandre Knopffholz e Gustavo Britta Scandelari, RT, São Paulo, 2012 (citado: *Direito penal*).

DRAPKIN, Israel, "Crimes and Punishments in Ancient Hebrew Laws", en SCHWIND, Hans-Dieter — BERZ, Ulrich — HERZBERG, Rolf — GEILEN, Gerd — WARDA, Günther, "Festschrift für Günther Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985", de Gruyter, Berlín, 1985, ps. 613-628.

EIDENMÜLLER, Horst, "Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts", Mohr, Tübingen, 1995 (citado: *Effizienz*).

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos — NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel — OLIVEIRA, William Terra de — BRITO, Alexis C., "Direito penal brasileiro: parte geral; princípios fundamentais e sistema", RT, São Paulo, 2011 (citado: *Direito penal brasileiro*).

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, "Direito penal português: parte geral", Verbo, Lisboa, 1982, v. 2 (citado: *Direito penal*).

v. FEUERBACH, Paul J. A., "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", Heyer, Giessen, 1826, 9ª ed. (citado: *Lehrbuch / 1826*).

FIANDACA, Giovanni — MUSCO, Enzo, "Diritto penale, parte generale", Zanichelli, Bolonia, 2010, 6ª ed. (citado: *Diritto penale*).

GALAIN PALERMO, Pablo, "La reparación del daño a la víctima del delito", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010 (citado: *Reparación del daño*).

GOTTLIEB, Heschel, "Schopenhauers Einfluß auf die Strafrechtswissenschaft", Rothschild, Berlín, 1917 (citado: *Schopenhauers Einfluß*).

GRECO, Luis, "A ilha de Kant", en GRECO, Luís — MARTINS, Antonio, "Direito penal como crítica da pena, estudos em homenagem a Juares Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012", Marcial Pons, São Paulo, 2012, ps. 263-279 (citado: *A ilha de Kant*).

GROTIUS, Hugo, "De iure belli ac pacis libri tres", Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1993 (citado: *De iure belli ac pacis*).

HASSEMER, Winfried, "Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? - Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention", en PRITTWITZ, Cornelius, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos Verlag Gessellschaft, Baden-Baden, 2002, ps. 221-240 (citado: *Verurteilte bessern*).

HEGEL, George Wilhelm Friedrich, "Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Mit Hegels eigentliche Notizen und den mündlichen Zusätzen", Suhrkamp Verlag, Fráncfort, 1986 (citado: *Philosophie des Rechts*).

v. HIRSCH, Andreas, "Warum soll die Strafsanktion existieren? - Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung", en v. HIRSCH, Andreas, *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2011, ps. 43-67 (citado: *Tadel und Prävention*).

HÖRNLE, Tatjana, "Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion", en v. HIRSCH, Andrew, *Strafe - Warum? gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2011, ps. 11-30 (citado: *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien*).

HURTADO POZO, José — PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Manual de derecho penal, parte general", Ed. Idemsa, Lima, 2011, 4ª ed.

JAKOBS, Günther, "Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungsteil",

hre”, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, 2ª ed. (citado: *Strafrecht*).

JELLINEK, Georg, “Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe”, Verlag von O. Häring, Berlin, 1908, 2ª ed. (citado: *Bedeutung von Recht*).

JESCHECK, Hans-Heinrich — WEIGEND, Thomas, “Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil”, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 5ª ed. (citado: *Lehrbuch*).

KANT, Immanuel, “Die Metaphysik der Sitten”, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, v. 8, Suhrkamp Verlag, Fráncfort, 1977 (citado: *Metaphysik der Sitten*).

KIENAPFEL, Diethelm — HÖPFEL, Frank — KERT, Robert, “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, Manz, Wien, 2012, 14ª ed. (citado: *Strafrecht*).

KINDHÄUSER, Urs, “Zur Logik des Verbrechensaufbaus”, en KOCH, Harald (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Berlin Verlag Spitz, Berlin, 1997, ps. 77-94 (citado: *Logik des Verbrechensaufbaus*).

KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria”, *Revista brasileira de ciências criminais*, 87, RT, São Paulo, 2010, ps. 150-163 (citado: *Prevenção criminal de Cesare Beccaria*).

KINDHÄUSER, Urs, “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2011, 5ª ed. (citado: *Strafrecht*).

KOTSOGLU, Kyriakos, “Das schweigende Strafrecht. Zur Auflösung des Streits über die ‘richtige’ Straftheorie”, en BOCK, Stefanie — HARRENDORF, Stefan — LADIGES, Manuel, “Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaftstranslate”, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2015, ps. 13-36.

LAINGUI, André — LEBIGRE, Arlette, “Histoire du droit penal, Le droit pénal”, Cujas, Paris, 1979 (citado: *Histoire du droit penal*).

MANTOVANI, Ferrando, “Diritto penale, Parte generale”, Cedam, Padova, 2011, 7ª ed. (citado: *Diritto penale*).

MARINUCCI, Giorgio, “Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo”, en BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Trad. José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, 3ª ed., ps. 29-53. (citado: *Beccaria*).

MONCADA, Luis Cabral de, “Filosofia do direito e do estado, Parte histórica”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 2ª ed. de 1955, reimp., v. 1 (citado: *Filosofia do direito*).

NAUCKE, Wolfgang — HARZER, Regina, “Rechtsphilosophische Grundbegriffe”, 2005, 5ª ed. (citado: *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*).

NIETZSCHE, Friedrich, “Zur Genealogie der Moral, Eine Streitschrift”, Reclam, Stuttgart, 2009 (citado: *Genealogie der Moral*).

PRADO, Luiz Regis, “Curso de direito penal brasileiro, parte geral”, RT, São Paulo, 2005, 5ª ed. (citado: *Direito penal brasileiro*).

RADBRUCH, Gustav, “Rechtsphilosophie, Nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik Wolf”, Koehler, Stuttgart, 1963, 6ª ed. (citado: *Rechtsphilosophie*).

RODRIGUES, Anabela Miranda, “A determinação da medida da pena privativa de liberdade, os Critérios da Culpa e da Prevenção”, Coimbra Editora, Coimbra, 1995 (citado: *Medida da pena*).

RODRÍGUEZ DEVESA, José M., “Derecho penal español, Parte especial”, Artes Gráficas Carasa, Madrid, 1983, 9ª ed. (citado: *Derecho penal*).

ROXIN, Claus, “Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre”, CH. Beck, München, 2006, 4ª ed., v. 1 (citado: *Strafrecht*).

RUIVO, Marcelo Almeida, “Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011 (citado: *Criminalidade financeira*).

RUSCONI, Maximiliano A., “Derecho penal: parte general”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, 2ª ed. (citado: *Derecho penal*).

SANTOS, Cláudia Cruz, “A justiça restaurativa, um modelo de reação ao crime diferente da jus-

tiça penal, porquê? Para quê e como?”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014 (citado: *A justiça restaurativa*).

SANTOS, Juarez Cirino dos, “Direito penal, Parte geral”, Lumen juris, Curitiba, 2006 (citado: *Direito penal*).

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Vom Sinn der Strafe”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, 2ª ed. (citado: *Sinn der Strafe*).

SCHOPENHAUER, Arthur, “Die Welt als Wille und Vorstellung, Vollständige Ausgabe nach der dritten, verbesserten und beträchtlich vermehrten Auflage von 1859”, Anaconda Verlag, Köln, 2009 (citado: *Welt als Wille und Vorstellung*).

SEELMANN, Kurt, “Hegels Straftheorie in seinen “Grundlinien der Philosophie des Rechts”, *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, Verlag C. H. Beck, München, 1979, cuaderno 10, nro. 19, 1979, ps. 687-691 (citado: *Hegels Straftheorie*).

SEELMANN, Kurt, “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012, 5ª ed. (citado: *Strafrecht*).

SENECA, “De ira, *Moral Essays*”, edição bilingue, Trad. John W. Basore, William Heinemann, Londres, 1938, v. 1, ps. 106-355 (citado: *De ira*).

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Derecho penal, parte general”, Comlibros, Bogotá, 2009, 4ª ed. (citado: *Derecho penal*).

VILLA STEIN, Javier, “Derecho penal, parte general”, Ed. San Marcos, Lima, 2014.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho penal, parte general”, Ed. Grijley, Lima, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig, “Tractatus logico-philosophicus”, en WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp Verlag, Fráncfort, 2006 (citado: *Tractatus logico-philosophicus*).

WURTENBERGER, Thomas, “Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft”, en VOGLER, Theo — HERMANN, Joachim, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, ps. 37-51 (citado: *Schuldige Mensch*).

ZAFFARONI, Eugenio R. — ALAGIA, Alejandro — SLOKAR, Alejandro, “Derecho penal: parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. (citado: *Derecho penal*).

ZAFFARONI, Eugenio R. — ALAGIA, Alejandro — SLOKAR, Alejandro — PIERANGELI, José H., “Manual de direito penal brasileiro, parte geral”, RT, São Paulo, 2004, 5ª ed. (citado: *Direito penal brasileiro*). ♦

.....