

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SIEVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

*Director de Publicaciones*

# LÍMITES AL DERECHO PENAL

## PRINCIPIOS OPERATIVOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO

**Andrew von Hirsch**

**Kurt Seelmann**

**Wolfgang Wohlers**

(ed. alemana)

**Ricardo Robles Planas**

(ed. española)

Prólogo de

**Jesús-María Silva Sánchez**

## V. RESUMEN

Los sistemas de normas jurídico-civiles y jurídico-administrativos no convierten a las normas penales en algo superfluo. No obstante, pueden hacer posible la restricción de la intervención del Derecho penal a aquellos casos en los que el autor ha hecho omiso de estos sistemas de control.<sup>92</sup> Si los sistemas preventivos de control son suficientemente eficaces, esto es, si solamente hay que esperar infracciones de normas en una medida que no puede menoscabar de manera relevante el bien jurídico relevante en el caso correspondiente, se puede renunciar a la protección jurídico-penal complementaria. Ahora bien, esto podría ser relevante desde una perspectiva práctica en todo caso cuando no están en cuestión bienes jurídicos individuales, sino supraindividuales.

El empleo de coacción jurídico-penal puede ser inadecuado. Ahora bien, ese carácter inadecuado no se puede deducir ni de la existencia de sistemas preventivos de normas ni se puede fundamentar con la posibilidad de crear tales sistemas de normas. La inadecuación de las normas jurídico-penales es más bien consecuencia del principio de proporcionalidad, el cual también rige evidentemente en Derecho penal.

De este modo, el principio de subsidiariedad, en su dimensión de mandato de hacer uso de los medios del Derecho penal solamente como último medio —como *ultima ratio*—, se muestra como un principio sin un contenido expresivo propio. La tesis según la cual dicho principio es uno de los principios fundamentales del Derecho penal en un Estado de Derecho es, después de todo, una afirmación que no se puede sostener en tales términos.

## ¿PUEDE SER «SUBSIDIARIO» EL DERECHO PENAL? APORÍAS DE UN PRINCIPIO JURÍDICO «INDISCUTIDO»\*

Gerhard Seber

### I. EL CONCEPTO DE SUBSIDIARIDAD Y SUS PREMISAS

El Derecho penal es subsidiario. Así se lee ampliamente en la literatura jurídico-penal —o más exactamente: el Estado sólo podría recurrir al Derecho penal como injerencia estatal más severa en la libertad de los ciudadanos cuando un medio más leve no asegurara el éxito suficiente;<sup>1</sup> por tanto, la pena estaría a disposición del Estado sólo como «*ultima ratio*».<sup>2</sup> Siempre que estén a mano posibilidades de regulación igualmente válidas y menos drásticas, queda excluido el empleo de sanciones jurídico-penales; frente a estas medidas más leves el Derecho penal sería subsidiario.<sup>3</sup> Este concepto tiene dentro de la dogmática jurídico-penal el estatus de «patrimonio común» («*Allgemeingut*»).<sup>4</sup>

Con todo, se observan fácilmente algunas diferencias dentro del terreno de la dogmática: por ejemplo, mientras ROXIN relaciona en general el concepto de subsidiariedad con el principio de proporcionalidad [*Verhältnismäßigkeitsprinzip*],<sup>5</sup>

\* Título original: «Kann Strafrecht "subsidiär" sein? Aporien eines "unbestrittenen" Rechtsgrundsatzes». Traducción a cargo de Juan Pablo Montiel.

1. Cfr. simplemente ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 3ª ed., 1997, § 2 núm. marg. 39; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1997, previo al § 1 núm. marg. 14; STRATENWERTH/KUHLEN, *Die Straftat*, 5ª ed., 2004, § 2 núm. marg. 19.

2. V. gr. EBERT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2001, p. 4; KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, § 2, núm. marg. 8.

3. EBERT, (n. 2), p. 4.

4. Así, BAUMANN, *JZ* 1987, p. 935 (937).

5. ROXIN (n. 1), § 2 núm. marg. 41; en el mismo sentido, RADTKE, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 1, 2003, previo al §§ 38 y ss. núm. marg. 4.

92. Cfr. RUDOLPHI, *ZStW* 83, 1971, p. 134 y s., de la mano del ejemplo de la interrupción del embarazo; igualmente, WEBER, *ZStW* 96, 1984, p. 376 (380).

RUDOLPH lo ubica especialmente en la adecuación [*Angemessenheit*].<sup>6</sup> EBERT diferencia entre la relevancia del *motivo* de la regulación, para lo cual recurre al principio de proporcionalidad, y la necesidad de reaccionar mediante el Derecho penal frente a ese motivo, lo que sería una cuestión de necesidad [*Erforderlichkeit*]; el Derecho penal sería subsidiario frente a la escasa necesidad.<sup>7</sup> Finalmente, WESSELS/BEULKE lo relacionan con el «carácter fragmentario» del Derecho penal.<sup>8</sup>

Sin embargo, vuelve a reinar el acuerdo en lo relativo a vincular el pensamiento de la subsidiaridad tal y como se ha acabado de esbozar con *consideraciones político-criminales de eficiencia*,<sup>9</sup> ya sea mediante la referencia a la «suficiencia de otros medios» o mediante la referencia a la «necesidad» ligada al control de proporcionalidad. Esta orientación contiene un posicionamiento que descansa sobre tres premisas más o menos explícitas:

- La pena es entendida como el medio de intervención estatal más severo.
- La orientación a la eficiencia de una amenaza penal distingue desde un principio el concepto de subsidiaridad de una cuestión *prima facie* similar: la restricción de las sanciones jurídico-penales a comportamientos *merecedores de pena*. La pregunta por el merecimiento de pena busca un *fundamento* para la pena y tiene de este modo un sentido constitutivo del injusto penal, mientras que las consideraciones de eficiencia se relacionan con el *fin* preventivo de la pena, con el efecto social de la pena.
- Si únicamente puede recurrirse al Derecho penal en tanto no haya otra alternativa igualmente eficiente a la amenaza de pena,<sup>10</sup> ello implica la comparabilidad de la pena con otros medios estatales de regulación.

Estas premisas otorgan al concepto de subsidiaridad un contenido que *prima facie* resulta convincente precisamente en una época en la que se sostienen teorías preventivas de la pena. Pero mirándolas más de cerca resultan sumamente problemáticas: por ejemplo, ¿hasta qué punto es la pena el medio de intervención estatal más «severo»? ¿Por qué exige el concepto de subsidiaridad *delimitador* de la pena concentrarse en la eficiencia, ocultando la dimensión ético-social a la que siempre se ha recurrido acertadamente en la fundamentación de la pena misma? Y finalmente: ¿puede formularse efectivamente la escala de comparación general que implícitamente se está presuponiendo entre la pena y (cualquier) otra forma de regulación jurídica?

Los análisis efectuados hasta la fecha sobre el principio de subsidiaridad han dirigido sus —fundadas— críticas casi exclusivamente contra la *tercera premisa*; con ello debe comenzarse también aquí (II.). Sin embargo, las aporías del pos-

6. SK/RUDOLPH (n. 1), previo al § 1 nm. 14.

7. EBERT (n. 2), p. 4.

8. WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 34ª ed., 2004, núm. marg. 9.

9. ROXIN (n. 1), § 2 núm. marg. 38, habla de una «directriz político-criminal».

10. Entonces ella sería siempre «menos drástica», porque la pena se *presupone* ya como la injerencia estatal más severa.

culado de la comparabilidad [*Vergleichbarkeitspostulat*] no constituyen el núcleo del problema. Sus raíces no se encuentran únicamente en los efectos de la pena, sino ya en el momento del establecimiento de la norma; partiendo de ello se realizarán algunas observaciones desde el punto de vista de la teoría de las normas mediante las cuales se mostrará que las amenazas de pena, como normas de sanción, deben ser estrictamente distinguidas de las órdenes de comportamiento frente al ciudadano (III.). A decir verdad, puede reducirse con ello un posible principio de subsidiaridad de las normas penales a la relación entre pena y otras sanciones, aunque reaparece aquí el problema de la comparación con otro ropaje (IV.). Especialmente, resulta insostenible en este contexto la *segunda premisa*, de modo que el planteamiento de la cuestión debe trasladarse al nivel normativo. Ello conduce a cuestionamientos críticos de la *primera premisa* con el propósito de exponer una doble estructura de la pena, como medida de coacción y al mismo tiempo como acto comunicativo de reproche (V.) Con todo, tras esta reconstrucción del concepto de subsidiaridad en el nivel del establecimiento de la norma, éste puede encontrar refugio en el contexto de la decisión sobre la concreta necesidad de pena (VI.).

## II. EL PROBLEMA DE LA COMPARABILIDAD

El uso tradicional del concepto de subsidiaridad coloca en el centro de la cuestión la ponderación de la pena frente a otras formas jurídicas de control. Para esta comparación, la orientación a la *eficiencia* de las diferentes regulaciones jurídicas fija una base *empírica*: se trata de calcular (o más bien de pronosticar) en qué medida disminuyen comportamientos socialmente indeseados como consecuencia de una determinada medida legislativa. Si sólo puede alcanzarse (o esperarse) una significativa disminución con los medios del Derecho penal, entonces la sanción jurídico-penal de los comportamientos es *necesaria*.<sup>11</sup>

Por regla general se alude a la totalidad del instrumental estatal en el contexto de la crítica sobre la necesidad de una sanción penal: una amenaza de pena debería hacer frente a la competencia de las sanciones administrativas [*ordnungsrechtliche Sanktionen*] (especialmente la multa administrativa [*Geldbuße*]), las regulaciones del Derecho civil (por ejemplo, el deber de reparar el daño) y los mecanismos de control y dirección del Derecho administrativo (por ejemplo, la concesión de licencias, el registro obligatorio).<sup>12</sup> Mirando esto más de cerca,<sup>13</sup> surgen dudas respecto a cómo deben compararse estas formas fundamentalmen-

11. Incluso la adecuación se relaciona solamente con la sanción penal en sí, no en cambio con su clase y gravedad. Por supuesto que la pena amenazada también puede ser desproporcionada según su gravedad, pero ello no es más que una cuestión de subsidiaridad del Derecho penal como tal.

12. Así, por ejemplo, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª ed., 2003, § 3 núm. marg. 19; ROXIN (n. 1), § 2 núm. marg. 38-41; SK/RUDOLPH (n. 1), previo al § 1 núm. marg. 14.

13. Algunas meritorias contribuciones ya lo han hecho, por ejemplo, VOGEL, *Norm, und Pflicht*, 1992, p. 49 n. 127; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 126-137; APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 404-409 y 539-546; así también, WOHLERS, en este volumen.

te diferentes de regulación desde el punto de vista de una jerarquización ascendente que se eleva hasta la pena.

En primer lugar, deberían poderse escaionar de modo fiable los respectivos efectos de cara a los *mismos afectados*. Incluso, si ello pudiera lograrse,<sup>14</sup> todavía no se habría ganado demasiado, ya que la estructura de las diferentes opciones de injerencia exigiría al mismo tiempo poner en relación los efectos respecto a *diferentes personas* entre sí: en parte, las regulaciones afectan ciertamente sólo a la relación de quien actúa frente a la norma infringida (antijuricidad administrativa [*Ordnungswidrigkeit*]), aunque en parte también a la relación entre quien actúa y un dañado (reparación del daño), e incluso en ocasiones a una pluralidad de personas que en un determinado sector —y, por cierto, conforme a Derecho por regla general— participan en la vida jurídica, como por ejemplo en el tráfico vehicular (concesión de licencias y concesión del carné de conducir) o en el negocio financiero (deberes de identificación y denuncia de la entidad financiera conforme a la ley de lavado de dinero). En especial, los atributos cualitativamente diferentes en virtud de los cuáles son interpelados los destinatarios de la norma (como perturbador, como dañado, como mero partícipe en un sector de la vida pública), dificultan tan seriamente una comparación, que se presentan serias dudas respecto a la compatibilidad entre todas estas formas de regulación.<sup>15</sup> Estas dudas se encuentran justificadas, pues ¿cómo pueden compararse, por ejemplo, controles o deberes generales de registro que para numerosas personas (que, sin excepción, se comportan de manera fiel ante el Derecho) representan una injerencia relativamente pequeña, con una sanción penal o del Derecho administrativo que, ciertamente, sólo afecta a algunos individuos (y además infractores) pero les ocasionan pérdidas de un bien jurídico importante?<sup>16</sup>

El problema de la comparabilidad socava un enunciado del concepto de subsidiaridad que sólo en apariencia es evidente, según el cual la amenaza de pena sería ilegítima cuando *cualquier* otra forma de regulación pueda combatir con *igual eficiencia* la irregularidad [*Mißstand*] que ha surgido. En este sentido, el postulado de la *ultima ratio* sigue siendo tributario de la demostración de su *practicabilidad empírica*.

Sin embargo, esta aporía no constituye el núcleo del problema sino, como mucho —dado el caso— un síntoma. Con ella se entreteje una segunda aporía que afecta a la *practicabilidad técnica* de la pretendida ponderación de los efectos. La premisa de la comparabilidad implica precisamente que el legislador

14. Lo cual puede ponerse en duda, pues ¿cómo puede ponderarse una con otra, por ejemplo, la consecuencia de una multa y la de una pérdida de licencia (por ejemplo, procedente del Derecho mercantil)?

15. Así, especialmente APPEL (n. 13), p. 542 y s.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 235; WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2006, pp. 73-78.

16. Especialmente en el Derecho económico las sanciones penales, a causa de su precisión (*Punktualität*), son consideradas por algunos autores menos incisivas que las reglamentaciones del Derecho administrativo, las cuáles influyen el sistema «vida económica» global y externamente; ver TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und allgemeiner Teil*, 2004, § 1 núm. marg. 63.

estaría en una situación en la que coexisten abiertas para él todas las opciones de los instrumentos de regulación, de modo que podría elegir entre regular conductas o disponer medidas represivas (sancionadoras). Sin embargo, esta suposición no es sostenible desde la perspectiva de la teoría de las normas. Entre estos grupos de mecanismos de regulación existe una incompatibilidad categorial, de forma que en la, en apariencia, amplia variedad de ofertas de otras formas de regulación frente a la sanción penal, la mayor parte de ellas en modo alguno representa una verdadera alternativa. Este marco de la teoría de las normas ha de ser brevemente aclarado.

### III. EL MARCO DE LA TEORÍA DE LAS NORMAS

El Derecho puede ser descrito como un sistema compuesto por *normas de conducta* y *normas de decisión*:<sup>17</sup> mientras que las normas de conducta están dirigidas directamente a los ciudadanos y prohíben, mandan, permiten o comunican determinados comportamientos,<sup>18</sup> las normas de decisión regulan la reacción de los órganos estatales en relación con los comportamientos del ciudadano.<sup>19</sup> Las normas de conducta se refieren, por tanto, a un momento *anterior* a ese comportamiento, las normas de decisión son relevantes sólo *con posterioridad* a él. Estas últimas influyen en la decisión de los órganos estatales de diversas maneras: mediante reglas de competencia y normas procedimentales pero, ante todo, mediante normas materiales de decisión [*materielle Entscheidungsvorgaben*]. Por su parte, estas últimas son muy diversas: a ellas pertenecen los presupuestos de eficacia de los contratos, de los derechos de pago y de restitución, de una concesión o privación de licencia y un grupo autónomo de normas que ordena (o autoriza) a los jueces o a las autoridades a reaccionar con una *sanción* ante un determinado comportamiento de los ciudadanos.

17. Circulan en el debate sobre la teoría de las normas diferentes modelos, cada uno de los cuáles trabaja con dicotomías de las normas jurídicas (por ejemplo, normas de valoración y normas de determinación; normas primarias y normas secundarias; normas de conducta y normas de imputación). Estos modelos no deben excluirse mutuamente, ni siquiera cuando divergen parcialmente. Ellos no deberían ser entendidos como proyección lógicamente necesaria del sistema de normas jurídicas, sino como el medio analítico de una representación lo más ajustada posible a las estructuras regulativas del Derecho. Por tanto, se extrae de entre las discutidas dicotomías aquella que para la cuestión de la subsidiaridad posee el contenido informativo más agudo.

18. El Derecho «comunica» al ciudadano una acción cuando conoce un camino para lograr la meta deseada por él, por ejemplo, obteniendo un contrato mediante la emisión de una declaración de voluntad o entregando una calificación a partir de la realización de un examen.

19. Esta concepción procede esencialmente de la discusión angloamericana. cfr. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* 1978, pp. 456 y ss.; DAN-COHEN, *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, p. 624 (628); ROBINSON, *University of Chicago Law Review*, vol. 57, 1990, p. 729-771. En la discusión alemana es defendida, entre otros, por HRUSCHKA y JOERDEN, *ARSP* 73, 1987, p. 93 (95-101), KIND-HÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 29 y s., RENZI-KOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fabriksige Beteiligung*, 1997, p. 54-58; EL MINMO, en ROBERT ALFEX et. al. (ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, p. 253 (259).

La calificación de las normas de sanción como un grupo autónomo de normas de decisión exige un concepto de sanción lo suficientemente claro.<sup>20</sup> Sorprendentemente, este concepto tan usual en la literatura jurídica ha sido desarrollado sólo rudimentariamente,<sup>21</sup> porque la mayoría de las veces se habla directa y exclusivamente de la sanción penal. Sin embargo, no puede negarse que a disposición del legislador no está únicamente la pena como forma de sanción: «pena» y «sanción» no son sinónimos. Los diccionarios jurídicos ponen de relieve el carácter coactivo de una sanción<sup>22</sup> o la describen como una medida con la que «el ordenamiento jurídico reacciona frente a comportamientos contrarios a derecho o a deber».<sup>23</sup> La referencia a comportamientos contrarios a derecho o a deber como punto de partida de una sanción, aclara —junto al carácter represivo— la segunda característica esencial: las normas de sanción se diferencian de otras reglas materiales de decisión en que ellas no se enlazan a un simple cumplimiento o incumplimiento, sino a la lesión de una norma de conducta obligatoria. Ambas características pueden ser resumidas en el enunciado de que una sanción castiga la infracción de un deber jurídico de conducta.<sup>24</sup>

De ello se deduce una consecuencia decisiva para la teoría de las normas: una sanción presupone la lesión previa de una orden de conducta, las normas de sanción deben enlazarse a normas de conducta ya vigentes (que ordenan o prohíben); en este sentido, las normas de sanción son de naturaleza secundaria. Formuladas de modo inverso: existe una primacía de las normas de conducta.<sup>25</sup>

De este modo, el legislador se enfrenta a una irregularidad social [sozialen Mifstand] que pretende solucionar a partir de los medios del Derecho, teniendo

20. Etimológicamente la palabra procede de la raíz latina *sanctio* de *sancire* = santificar, confirmar, hacer duradero, prescribir, castigar (cfr. STOWASSER, *Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch*, 1971, p. 439); los diccionarios alemanes actuales recomiendan todavía para «sanción» (excepto «santificar») los mismos significados, acentuando el carácter coercitivo (cfr. DUDEN, *Fremdwörterbuch*, 6ª ed., 1997, p. 725).

21. La más meritoria excepción es la profunda exposición realizada por TRÖNDLE, en *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, previo a los §§ 38 y ss., núm. marg. 62-75, en la 11ª ed., 2002 asumida por HÄGER en núm. marg. 74-87. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 14 y s., mencionan alguna de las sanciones no jurídico-penales bajo la rara denominación de «penas no criminales».

22. S. KÖBLER, *Juristisches Wörterbuch*, 11ª ed., 2002, p. 426; CREFFELDS, *Rechtswörterbuch*, 18ª ed., 2004, p. 1132 y s.

23. BEULKE, en HORST TILCH y FRANK ARLOTH (eds.), *Deutsches Rechtslexikon*, Tomo 3, 3ª ed., 2001, p. 3672.

24. LK/TRÖNDLE, (n. 21) menciona como sanciones junto a la pena: en el Derecho administrativo sancionador (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) la multa administrativa (*Geldbuße*), el decomiso (*Einziehung*) y la caución (*Verwarnungsgeld*), luego las consecuencias jurídicas del Derecho disciplinario y del Derecho del honor (*Ehrenrechts*), finalmente las medidas de ordenación (*Ordnungsmittel*) y coacción (*Zwangsmittel*) del Derecho procesal (multa procesal [*Ordnungsgeld*], arresto procesal [*Ordnungshaft*], multa coercitiva [*Zwangsgeld*], conducción por la fuerza pública [*Zwangsbahn*]). Sobre el carácter sancionatorio de las regulaciones civiles de la reparación del daño y de la indemnización por daño moral (*Schmerzensgeld*) ver MÜKO/RADTKE (n. 5), previo al §§ 38 y ss., núm. marg. 4; WEIGEND, en *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, 2001, p. 975 (988-990).

25. Así también VOGEL (n. 13), p. 28.

do que reconstruir, ante todo, el instrumental relativo a la norma de conducta: ¿existen ya las respectivas normas de conducta? ¿Es suficiente con ellas o deben ser completadas? ¿O los comportamientos indeseados no son hasta ahora abarcados por el Derecho? Consecuencia de este análisis será la promulgación de normas de conducta del Derecho civil o del Derecho administrativo.<sup>26</sup> Sólo en un segundo paso se encuentra el legislador frente a la cuestión de si quiere completar el sistema de normas de conducta mediante sanciones.<sup>27</sup> Y precisamente sólo entonces puede manifestarse un principio de subsidiaridad, pues justo en ese momento y no antes entra en juego la posibilidad de una amenaza de pena. Sin embargo, aquí la clase y el contenido de la regulación de la norma de conducta ya se encuentran aclarados.<sup>28</sup>

Este diagnóstico implica un nuevo enfoque del problema de la comparabilidad arriba expuesto. La compatibilidad de la pena con cualesquiera otras formas de regulación que habitualmente se presupone en el discurso del principio de subsidiaridad pasa a ser algo absolutamente irrelevante. La pregunta del legislador jamás es la de «norma de conducta o norma de sanción», sino que se reduce a la reflexión sobre cuándo una norma de conducta debería ser comple-

26. Un caso especial parecen representar aquí aquellos preceptos penales que amenazan con pena un comportamiento que, sin embargo, no está regulado jurídicamente. Ejemplos de ello no se encuentran solamente en materias jurídicas «nuevas», como la protección del medio ambiente (por ejemplo, § 324 StGB), sino también en el tradicional ámbito nuclear del Derecho penal: la creación de un documento falso es, por ejemplo, indiferente para el Derecho civil y el Derecho administrativo y, sin embargo, está prohibido penalmente; tampoco están comprendidas las injurias en otro ámbito. Este fenómeno de normas de conductas sólo reguladas por el Derecho penal tiene dos posibles causas:

(1) En caso de nuevas necesidades de regulación la formulación penal de la norma de conducta con anterioridad a otra clase de regulaciones puede producirse por el hecho de que la calificación penal de la conducta defectuosa sea la más urgente.

(2) La norma de conducta que aparece solamente en las leyes penales no tiene un lugar útil en otros ámbitos del Derecho. Cuando, por ejemplo, en el Derecho civil no existe una necesidad de regulación independiente respecto a las injurias, queda reservado al StGB acoger la correspondiente norma de conducta; la creación de un documento falso obtiene únicamente relevancia jurídica al basarse el legislador en que éste será utilizado para el fraude en las relaciones jurídicas y, por tanto, establece una amenaza de pena antes de que se produzca una afectación de intereses jurídicamente protegidos.

Según entiendo, el fenómeno aludido no ha sido todavía lo suficientemente investigado. Desde el punto de vista de teoría de las normas también aquí tiene lugar una regulación en dos pasos: la formulación de la norma de conducta presupone la norma de sanción jurídico-penal. En este sentido, estos preceptos no divergen de las dicotomías expuestas en el texto.

27. WOHLERS circunscribe acertadamente al fenómeno cuando señala que el sistema normativo preventivo y represivo debería «considerarse legitimado por sí mismo»: WOHLERS, en este tomo, p. 123-124; en idéntico sentido WEIGEND, en *Festschrift für Otto Triffterer*, 1996, p. 711 n. 93.

28. Este enunciado no ignora que la promulgación de la norma de comportamiento y de sanción pueden aparecer simultáneamente, sobre todo en aquellos casos especiales en los que una nueva norma de comportamiento es incorporada en la ley penal (cfr. n. 26). No obstante, la decisión de ubicar justo allí la norma de comportamiento (y no en una ley civil o administrativa) se encuentra al final de un proceso deliberativo que en primer lugar prevé la norma de comportamiento como instrumento de control, con posterioridad considera que su sanción tiene sentido y finalmente establece la ley en la que puede ser insertada la norma conforme al fin.

mentada con una sanción o, especialmente, con una pena. Sólo antes de la promulgación de una norma de sanción pueden entrar en juego las consideraciones de subsidiaridad, de modo que el enunciado fundamental del postulado de *ultima ratio* debe ser reformulado en el sentido de que la pena no debe aparecer como necesaria en comparación con *todas* las formas imaginables de regulación jurídica, sino sólo como forma de sanción.

#### IV. ¿NECESIDAD O IMPOSIBILIDAD DE PRESCINDIR DE LA PENA?

Por tanto, si ha de ser posible mantener el principio de subsidiaridad, entonces éste debe aflorar al responder la pregunta de si una norma de conducta dictada para hacer frente a una irregularidad puede dejarse sin sanción (1), de si una sanción no penal es necesaria pero también suficiente (2) o si se necesita de una amenaza de pena en caso de la lesión de la norma (3). Desde luego que el problema puede concretarse en la delimitación entre (3), por un lado, y (1) y (2), por el otro lado. Pero, ¿conforme a qué criterios puede hacerse esta demarcación?

Ante todo debería pensarse en aquellas consideraciones de eficiencia que le son atribuidas al concepto de subsidiaridad como concepto rector fundamental. Justamente, una sanción penal sería necesaria cuando una norma de comportamiento no puede esperar confirmación sin una sanción y una sanción no penal tampoco resulta suficiente para imponerse o no promete ser suficiente. Siendo correcto este cambio de rumbo, retorna el problema de la comparabilidad, si bien ahora de un modo claramente debilitado, pues una comprobación del efecto de las diferentes formas de sanción sólo podría trazarse de nuevo por la vía empírica.

Con todo, no puede colmarse la expectativa de obtener una respuesta suficientemente clara sobre el diagnóstico empírico. La pregunta sobre la capacidad de rendimiento de las normas penales ha sido objeto de debate una y otra vez en la discusión alrededor de las teorías preventivas de los fines de la pena y, aunque algunas opiniones han confiado en que el efecto preventivo de la pena puede ser empíricamente demostrado,<sup>29</sup> prevalecen las dudas de un modo rotundo.<sup>30</sup> Las dificultades se derivan de que el efecto de las normas de sanción tiene lugar en un «campo oscuro» [*Dunkelfeld*] que no es ostensible desde el punto de vista empírico, en especial es difícilmente identificable si el seguimiento de la norma es realmente debido a la amenaza o a arraigadas convicciones morales.<sup>31</sup> De un modo totalmente análogo surge el problema que se presenta aquí en la constelación contraria, en la que no se pone a debate el efecto sino la evitabilidad de la norma

\* El título original de este apartado es «Erforderlichkeit oder Gebotenheit von Strafe» [N. del T.]

29. Por ejemplo, SCHÖCH, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschke*, 1985, p. 1081 (1103 y s.).

30. Cfr. STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, 1995, p. 12 y s.; BOCK, *ZStW* 103, 1991, p. 636 (654-656); EL MISMO, *JuS* 1994, p. 89 (96 y ss.); VON HIRSCH/HÖRNLE, en VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechts-theoretische Abhandlungen*, 2005, p. 20. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 51, ve como una «dicción» la aceptación de la eficiencia práctica del Derecho penal «dentro de un sistema jurídico entendido racionalmente».

31. Cfr. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 10.

penal. En verdad, sería bueno poder documentarse de algún modo fiable acerca de hasta qué punto se desobedece una norma de comportamiento sin sanción; sin embargo, no resulta evidente con qué métodos podría ser esclarecida de manera positiva la eficacia de las sanciones no penales o de la pena misma.

Cabe agregar algo importante: el legislador *ni siquiera intenta* guiar de esta manera la incorporación de normas penales. WOHLERS muestra en su contribución a este libro que los principales proyectos legislativos de las últimas décadas, por ejemplo en el Derecho penal medioambiental y de los estupefacientes, estuvieron regidos, en realidad, por las expectativas del legislador respecto a la eficacia preventiva,<sup>32</sup> sin embargo, no llega a discutirse una ponderación con formas de regulación no penales. Como prueba de la irrelevancia práctica de semejante ponderación se puede observar el fenómeno de que el principio de subsidiaridad, tan categóricamente formulado al comienzo en los tratados, posteriormente no vuelve a mencionarse en relación a alguna regulación concreta del Derecho penal. La pregunta por el fundamento de este fenómeno conduce al núcleo del conjunto de problemas discutido aquí.

Precisamente, en la teoría y en la praxis, la promulgación de una norma penal no es juzgada con arreglo a cuándo es empíricamente necesaria, sino, con arreglo a si es imposible prescindir de ella: un asesinato alevoso, por ejemplo, no podrá ser impedido posiblemente nunca a través de la amenaza de la prisión perpetua; si debe ser penado quien pone en circulación un documento falso, es algo que puede plantearse con independencia de si la correspondiente norma penal impide de algún modo<sup>33</sup> eficiente la puesta en circulación de documentos falsos. Ni siquiera las penas que están predestinadas abiertamente a consideraciones de eficiencia, como las denominadas «penas-back up», mediante las que se aseguran regulaciones de Derecho administrativo, son introducidas conforme a su eficacia [*Wirksamkeit*]: por ejemplo, la prohibición de la tenencia ilícita de armas es cumplida consecuentemente por el sector más amplio de la población, del mismo modo que es ignorada en ciertos círculos; ni lo uno ni lo otro consigue que la amenaza de pena esté disponible detrás de esta prohibición. Y al contrario: la mala costumbre de aparcar incorrectamente desaparecería de la noche a la mañana a través de la amenaza de una pena de prisión; sin embargo, semejante amenaza de pena no se abre a debate.

El concepto de la *prohibición de exceso* que claramente se encuentra detrás de la última constelación nos conduce nuevamente de regreso al principio de proporcionalidad, que estaba al inicio de las reflexiones. No obstante, ahora aparece muy claro que las consideraciones de proporcionalidad incluidas aquí no son de tipo empírico, sino de tipo *normativo*: en verdad, la posible eficacia de las normas penales es tanto más alta, cuanto más trivial es la norma lesionada y, sin embargo, en el Estado de Derecho no entra en consideración la pena respecto a la gran mayoría de infracciones contra normas jurídicas de menor

32. WOHLERS, en este volumen, pp. 112 y ss.

33. Nunca es imaginable una prevención absoluta de un comportamiento perseguido penalmente en una sociedad compleja: siempre existen algunos infractores de la norma.

significado. La «proporcionalidad» de la amenaza de pena tiene algo que ver con la relevancia de la norma lesionada, como ha puesto de relieve acertadamente EBERT:<sup>34</sup> la finalidad de protección de esta norma debe ser tan importante que exigir pena para su aseguramiento, al menos, sea legítimo. Por tanto, si la norma de comportamiento quiere impedir un desvalor social lo suficientemente importante, éste justifica la norma penal. No siendo el desvalor de esta entidad, la ineficacia de un medio más leve tampoco puede legitimar la pena. En palabras de GALLAS: «A los gorriones tampoco se les debe disparar con cañones cuando no haya a disposición otras armas».<sup>35</sup>

Ello se manifiesta en los ejemplos mencionados: pese a la moderada eficiencia de las multas contra el aparcamiento incorrecto, nadie piensa en gravar con una sanción penal esta infracción de la norma de conducta. Por el contrario, la circulación de documentos falsos y la posesión no controlada de armas son, no obstante, tan peligrosas para la sociedad que están amenazadas con pena, independientemente de cómo de efectivas sean esas amenazas; y el asesinato es de tal importancia que nadie dudaría de lo acertado de una pena, incluso si a través de la norma penal no se impidiera ni un solo asesinato.

Con ello, la búsqueda del contenido del concepto de subsidiaridad llega justamente al lugar del cual había sido excluido de antemano en su versión tradicional: cuándo la pena es aconsejable es una cuestión relativa al *merecimiento de pena* de la infracción de la norma de comportamiento. El empirismo invocado por el concepto de subsidiaridad remite la cuestión a la normatividad como consecuencia de su falta de competencia.

## V. LA ESPECÍFICA DUREZA DE LA PENA

Este diagnóstico provisional despierta un considerable malestar, pues con el merecimiento de pena parece entrar en juego la vieja discusión relativa a un *concepto material de delito*. A primera vista ello podría sorprender puesto que esta discusión es llevada al contexto de la *fundamentación* de la norma penal, mientras que el principio de subsidiaridad procede de la perspectiva *delimitadora* la norma penal. Sin embargo, con ello se muestra simplemente que la fundamentación y la delimitación de las normas penales son dos caras de la misma moneda.<sup>36</sup> Ello se confirma teniendo en cuenta que la fórmula característica de que la pena sería «el medio más duro del que dispone el Estado» es utilizada tanto frente a la determinación del merecimiento de pena,<sup>37</sup> como

también frente a la versión usual del concepto de subsidiaridad.<sup>38</sup> Con todo, aquí no es necesaria la elaboración de un concepto material de delito, dado que una respuesta a la pregunta pendiente, relativa a cómo puede destacarse la pena en sentido estricto entre otras sanciones jurídicas, no presupone una teoría completa del delito.<sup>39</sup> Por ello, basta con mirar a la pena misma e identificar una particularidad que la haga resaltar de entre todas las sanciones no-penales.<sup>40</sup>

En vista del enunciado que acuña el concepto de subsidiaridad, según el cual la pena sería «el medio más duro del que dispone el Estado», es lógico atender a los *efectos* de un castigo, aunque, en este caso, no en el sentido de la eficiencia de la pena en la protección del bien jurídico, sino en cuanto al *menoscabo del bien jurídico* inflingido al condenado. Así, la pena de prisión supera en intensidad indudablemente a todas las otras afectaciones. Ella —como declara especialmente el art. 104 GG— tiene repercusiones singulares en la vida del condenado. En cambio, todas las otras modalidades penales de castigo no pueden diferenciarse frente al condenado de otras formas de sanción en cuanto al perjuicio ocasionado al bien jurídico. Ello se muestra con claridad en la pena de prisión suspendida condicionalmente, con la cual se libera al condenado incluso sin un menoscabo inmediato en ningún bien jurídico. De ahí la expresión: «he sido absuelto condicionalmente!». Por su parte, la pena de multa —de no puede distinguirse fácticamente de modo alguno de sanciones no penales. Incluso, en cuanto a la dureza de la pena, una multa administrativa [*Geldbuße*] puede superar la gravedad de la pena de multa máxima.<sup>41</sup> También resulta conocida en el juicio oral la situación cotidiana en la que el acusado pide expresamente ser condenado a una multa elevada, con tal de que se renuncie a la pena meramente accesoria de la prohibición de conducir, la cual, sin embargo, claramente tiene efectos menos incisivos que la retirada del permiso de conducir que de ninguna manera (en todo caso formalmente) es penal.

La única pena que se destaca siempre y claramente entre las otras sanciones es, por tanto, la pena de prisión (no suspendida condicionalmente). Sin embargo, ella se impone como regla solamente ante delitos [*Verbrechen*], al igual que en casos de una prognosis social negativa —o sea, de circunstancias adicionales

38. Ver las referencias en nota 1.

39. Sin embargo, ello implica que se excluyan las teorías absolutas de la pena, en virtud de las cuales la pena representa la consecuencia necesaria ya conectada con el delito mismo. Si se observara a la pena, al igual que Hegel, como una reacción anuladora del delito —ya fijado conceptualmente—, no podría procederse al margen de un concepto completo de delito, dado que el concepto de pena solamente podría desarrollarse a partir de aquel. Todo ello sólo puede sostenerse sobre la base de una serie de presupuestos filosóficos que en este contexto no pueden ser discutidos.

40. Aquí deben ser incluidas todas las formas de pena, o sea la pena de prisión, la pena de prisión suspendida condicionalmente, la multa y las penas accesorias de la prohibición de conducir, en relación al canon de las sanciones no penales, ver *supra* 24.

41. El monto máximo de una multa asciende actualmente a € 1.800.000 (360 cuotas diarias de 5000 €, cfr. § 40 párr. 1 n° 2 StGB); por el contrario, una multa administrativa (*Geldbuße*) puede imponerse en las infracciones administrativas relativas al Derecho de competencia «hasta el triple del monto del beneficio obtenido mediante la infracción» (§ 81 GWB) —la cual puede superar claramente el máximo de la multa.

34. EBERT (n. 2), p. 4.

35. GALLAS (n. 31), p. 7.

36. Tanto la legitimación de la norma penal apoyada en principios procedentes del discurso anglo-americano, como también la concepción crítica del bien jurídico, como la que defiende por ejemplo HASSEMER, fundamenta el Derecho penal desde una perspectiva limitadora, cfr. SEBER, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (ed.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 39-56.

37. Por ejemplo en FESCHECK/WEIGEND (n. 21), p. 50.

que concurren en la persona del autor— Fundamentar la formulación de esta excepción sería una cuestión relativa a la fundamentación del castigo en general, ella no entra aquí en consideración. Lo importante es el diagnóstico básico: la pena en sí *no* se identifica como la sanción más dura del Estado en cuanto a la causación del mal impuesto.<sup>42</sup>

Pese a ello, el discurso de la pena como la reacción más dura que está a disposición del Estado no es sólo una fórmula vacía de contenido que se va transmitiendo, sino que posee un contenido concreto. Sin embargo, éste se encuentra mal ubicado al focalizarse en el mal causado vinculado a la pena, dado que da la impresión de que la pena se agota en ello. La pena, en cambio, encarna al mismo tiempo junto al menoscabo causado a los bienes jurídicos un segundo aspecto que, como mínimo, es igualmente esencial y a partir del cual aquélla puede distinguirse sin duda de todas las otras injerencias gravosas del Estado: la pena *significa* algo, ella transporta un sentido que ninguna de las otras formas de sanción contiene: un *acto de desaprobación pública*. «En nombre del pueblo» se le comunica al condenado que cumpla una pena porque su comportamiento es rechazado por la comunidad jurídica.

KÜHL ha mostrado recientemente que el *carácter desaprobatorio* está en todo momento presente como *característica identificatoria* general de la pena:<sup>43</sup> el giro «juicio de desvalor ético-social» es conocido desde hace décadas<sup>44</sup> y, por cierto, independientemente de las diferentes opiniones sobre el fundamento y fin de la pena. Aquellos que contemplan también la pena como retribución por el hecho cometido y con ello aceptan la necesidad de un *fundamento de la pena*, de algún modo *deben* poner en contacto lo que se retribuye con la sanción penal con la desaprobación, pues sólo puede ser «retribuido» mediante una pena aquello que se rechaza. Incluso todos aquellos para los que la pena constituye un instrumento —puramente preventivo— destinado a impedir delitos futuros, también manifiestan un recelo intuitivo a calificar a la pena exclusivamente como instrumento de control sociotecnológico (*sozialtechnologisches Steuerungsinstrument*) y, con ello, a cortar toda relación con el hecho desaprobado como razón para la pena.<sup>45</sup>

También la jurisprudencia acentúa el carácter desaprobatorio siempre que tiene que delimitar la pena de las sanciones no penales. El *BVerfGE* expone que, al contrario de la amenaza de una multa administrativa (*Geldbuße*), contendría «cada norma penal ... un *juicio de desvalor ético-social* dotado de autoridad estatal respecto a un modo de actuar penalizado por ella»; la multa penal y la multa administrativa (*Geldbuße*) se diferenciarían en cuanto estaría «conectado

con la imposición de una pena criminal un *juicio de desvalor* autoritativo y desacreditador sobre el modo de actuar del autor, el *reproche* frente a una su-  
blevación contra el ordenamiento jurídico y la existencia de una autorización a formular este reproche».<sup>46</sup> Y decisiones sobre institutos jurídicos comprendidos dentro del círculo cercano de la pena caracterizan a ésta como una «soberana reacción desaprobatoria».<sup>47</sup> Del mismo giro se ha servido el *BGH* para probar el carácter no-penal de una regulación del Derecho civil (§ 661a BGB: deber de pago ante la notificación de una recompensa).<sup>48</sup>

Aunque el elemento de desaprobación es muy importante, todavía no cubre todo el sentido del acto penal. A saber, puede desaprobarse ya la infracción del comportamiento o su consecuencia objetiva, sin que este veredicto de antijuridicidad sea dirigido personalmente contra el autor, pues se pueden desaprobarse acontecimientos o situaciones sin hacer responsable a alguien por ello. JAKOBS, por ejemplo, cuyo funcionalismo preventivo-general y con el concepto funcional de culpabilidad se distancia en mayor medida de la visión clásica del sentido retributivo de la pena, habla solamente de una «reacción demostrativa a costa de los competentes del quebrantamiento de la norma», donde seguramente de modo consciente evita hablar de «responsables».<sup>49</sup> Sin embargo, en un sistema jurídico que integra al principio de culpabilidad la pena va un paso más allá: posibilita el juicio sobre la capacidad de culpabilidad; el juicio de culpabilidad en sí mismo contiene la atribución de responsabilidad personal y ello significa la formulación de un *reproche* ante un delito. Ya etimológicamente «pena» lleva consigo el significado de «reprimenda, reprobación»<sup>50</sup> y el elemento desaprobatorio se destaca de forma constante con la formulación de un «*reproche* ético-social» que se le dirige al autor.<sup>51</sup>

En la teoría jurídico-penal anglo-americana este componente de la pena es conocido ya desde hace tiempo. JOEL FEINBERG ha acuñado al respecto el concepto de *expressive function of punishment*, el cual indica que la pena conserva un específico «significado simbólico» a través de una expresión de rechazo y desaprobación.<sup>52</sup> Solamente a través de este aspecto comunicativo pueden ser alcanzados mediante la pena el rechazo [*Nichtanerkennung*] del hecho punible, la defensa del ordenamiento jurídico y —un efecto secundario menos atendido— la absolución pública de otro posible sospechoso. Especialmente claro aparece el

46. *BVerfGE* 27, 18 (29, 33) (cursivas agregadas); igualmente *BVerfGE* 43, 101 (105).

47. *BVerfGE* 105, 135, 153 (pena patrimonial); 109, 190, 212 (custodia de seguridad).

48. *BGH*, *NJW* 2003, p. 3620.

49. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 1. sección núm. marg. 2; cfr. también al respecto VON HIRSCH/HÖRNLE, en VON HIRSCH (n. 30), p. 19 (27).

50. Cfr. KLUGE, *Etimologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23ª ed., 1995, p. 799; EBERT (n. 2), p. 230.

51. Cfr. *BVerfGE* 27, 18 (33) (ver arriba en el texto en la n. 46); EBERT (n. 2), p. 92; FRISCH, Art. «Maßregeln der Besserung und Sicherung», en *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Sept. 2001, 8/950, p. 2; MÜCKE/RADTKE (n. 5), previo al §§ 38 y ss., núm. marg. 2.

52. FEINBERG, «The Expressive Function of Punishment», en EL MISMO, *Doing and Deserving*, 1970, pp. 95 y ss.; citado en la reimpresión en EL MISMO/HYMAN GROSS (ed.), *Philosophy of Law*, 4ª ed., 1991, p. 635 (636).

42. De este modo recientemente KÜHL, *ZStW* 116, 2004, p. 876.

43. KÜHL, *ZStW* 116, 2004, p. 876-885; EL MISMO, en *Festschrift für Albin Eser*, 2005, pp. 153-161.

44. GALIAS, (n. 31), p. 4; JESCHECK/WEIGEND, (n. 21), p. 13, 50; EBERT (n. 2), p. 92 y s.; STRENG, *MschR/Krim* 2004, p. 127 (144); *vid.* las constataciones, ante todo, en KÜHL, *ZStW* 116, 2004, pp. 876-885.

45. Por ejemplo, STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2ª ed., 2002, núm. marg. 8, hasta tal punto entiende así la ubicación del Derecho penal como *ultima ratio*, que la pena sería «un instrumento que debe ser empleado de un modo claramente moderado para la salvaguardia de los valores aceptados por la sociedad en todos sus ámbitos».



elemento de reproche de la pena en Andrew VON HIRSCH: justamente mediante el reproche se trataría al penado como persona moral, a la cual se le comunicaría que respondiera al reproche de un modo distinto, por ejemplo mediante la comprensión (*Einsicht*), el arrepentimiento, la corrección (*Besserungsabsicht*) o también la justificación (moral).<sup>53</sup> También Anthony DUFF acentúa el *elemento comunicativo* de la pena mediante el cual el condenado podría aceptar su hecho y su castigo y expiarse de su culpabilidad a través del arrepentimiento. Sin embargo, para ello se precisa justamente del reproche explícito.<sup>54</sup>

En este planteamiento emerge la pregunta sobre la relación de uno de los elementos de la pena con el otro —la causación del mal y el reproche ético-social— y, en particular, si el reproche se expresa a través de la sentencia penal o a través de la ejecución de la pena.<sup>55</sup> Esta cuestión, pese a ser especialmente importante para la plausibilidad de una teoría comunicativa de la pena, sobrepasa el cometido de esta contribución.

Sin embargo, sí debe responderse a la objeción que cuestiona la competencia del juez cuando articula el reproche ético-social frente al acusado. Por un lado, ya porque en vistas del problema notoriamente irresuelto del libre albedrío humano no podría probarse el núcleo del reproche de culpabilidad consistente en que el autor habría podido actuar de otro modo<sup>56</sup>; por otro lado, porque que el juez a través de un proceso penal extremadamente formalizado no contaría con una posibilidad suficiente, en lo que concierne al acusado, de que pueda hacerse de él algo más que una representación puramente rudimentaria y selectiva.<sup>57</sup> Frente al último punto debe alegarse principalmente que el juez no necesita de una representación (al menos aproximadamente) completa de la persona del acusado para poder valorar jurídico-penalmente el pequeño fragmento de su vida que es objeto de la sentencia. No hay ni una culpabilidad por la conducción de la vida ni una exculpación por la conducción de la vida, y entre estos dos extremos las opciones del proceso (interrogatorio del inculpaado y de los testigos, el dictamen pericial) al igual que los amplios marcos penales dejan suficiente espacio para una sentencia que en ningún caso pierde de vista la persona del condenado.<sup>58</sup>

53. VON HIRSCH, en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, 1999, p. 69.

54. DUFF, *Trials and Punishments*, 1986, p. 233-262; EL MISMO, en MATRAVERS (ed.) (n. 53), p. 48 (49, 51 y s.). Cfr. en este contexto también las aportaciones de MATRAVERS y BALDWIN en MATRAVERS (ed.) (n. 53), pp. 108 y ss., 124 y ss. respectivamente, las cuales acentúan igualmente el significado comunicativo de la pena, aunque se contraponen críticamente a la teoría de la expiación (*Buße*theorie) de DUFF. En la discusión alemana ha retomado K. GÜNTHER, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 205 (217-219) las concepciones de FEINBERG y VON HIRSCH.

55. Especialmente sobre lo último, VON HIRSCH (n. 53), p. 69; el mismo (n. 30), p. 48. Sin embargo, habla en contra de ello que una condena a una pena suspendida o una advertencia con reserva de pena no podrían contener un reproche al autor.

56. Así, ELLScheid/HASSEMER, en LÜDERSSEN/SACK (ed.), *Seminar: Abwetzendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 1*, 1975, p. 266 (266-271).

57. Así, HASSEMER, «Alternativen zum Schuldprinzip?», en BAUMGARTNER/ESER (ed.), *Schuld und Verantwortung*, 1983, p. 89 (102 y s.).

58. Otros aspectos pone de relieve VON HIRSCH (n. 30), p. 48, siguiendo a Strawson: la crítica y los reproches morales son componentes de la vida cotidiana de las personas. Ellos son co-

Contra la objeción al determinismo solamente cabría decir que ciertamente no podría hacersele ningún reproche al acusado por el hecho frente a la ausencia del poder actuar de otro modo, aunque al juez tampoco podría prohibirsele expresar el reproche, debido a que posiblemente él tampoco puede actuar de otro modo. Con otras palabras: las conocidas paradojas del determinismo general impiden *nolens volens* un tratamiento científico de sus premisas y conclusiones.

El reconocimiento de un significado comunicativo de la pena éticamente fundado priva al concepto de subsidiaridad la última esperanza de aplicación en el establecimiento de la norma. Al entender que la pena articula también un reproche —jurídico singular— que únicamente puede ser adecuado si se da una dañosidad social lo suficientemente grave, se la está apartando entonces de aquellas consideraciones teleológicas comparativas que el concepto de subsidiaridad pretende incorporar a la sanción penal.<sup>59</sup> La pena —entendida como un acto de reprobación pública, asociado a la causación de un mal respecto a lesiones lo suficientemente graves de normas de comportamiento— nunca es «ultima ratio» en el repertorio de las regulaciones estatales, sino justamente lo contrario: la pena es la *prima ratio* para la sanción de este tipo de lesiones, para la comunicación de la desaprobación y del reproche, así como para impedir —indirectamente a través de estos aspectos— reiteraciones futuras del mismo autor o de un tercero.

## VI. EL CASTIGO COMO REFUGIO DEL CONCEPTO DE SUBSIDIARIDAD

En el nivel del establecimiento de la norma un principio de subsidiaridad delimitador de la punición se ha mostrado como impensable: las normas de sanción que amenazan con una pena se corresponden con decisiones normativo-axiológicas, no con prognosis de eficiencia. El contexto del merecimiento de pena en el que se habían introducido las reflexiones anteriores abre un último refugio en un lugar completamente distinto para las consideraciones de subsidiaridad. No en el *establecimiento* de la norma, sino en su *imposición* se trata de si se necesita un castigo o si éste resulta superfluo en el caso concreto. Este es el *topos* de la *necesidad de pena*.

En la medida en que no se considere a la pena como la consecuencia jurídica absoluta, necesaria, etc. inherente al hecho punible, la realización de la amenaza de pena por el hecho cometido está potencialmente a disposición. A la pena se renuncia, en parte, por motivos de razón de Estado (§ 153d StPO), lo que aquí puede permanecer fuera debido a que son consideraciones ajenas al punto

municables eficazmente allí donde nada se opone a que ellos también estén en el ámbito formal del proceso penal.

59. Por ello sujetan acertadamente, BAUMANN/WEBER/MITSCH (n. 12), § 3 núm. marg. 19, el principio de subsidiaridad a la necesidad de pena —una cuestión que recién surge frente a la fijación del merecimiento de pena.

de vista de la pena. Sin embargo, la eliminación de la necesidad de pena es siempre pertinente cuando el *sentido* comunicativo de la pena —la desaprobación pública del injusto— puede realizarse de otra manera o aparece como compensable. Aquí entran, por ejemplo, la advertencia con reserva de pena (§ 59 StGB) y el sobreseimiento condicional o bajo instrucción (§ 153a StPO), mediante los cuales el Estado expresa su desaprobación por debajo del umbral de la ejecución penal. Por otro lado, el autor puede compensar (total o parcialmente) la necesidad de un acto de desaprobación estatal procediendo a la reparación del daño (especialmente mediante la compensación autor-víctima, § 46a StGB).

En este terreno los conceptos de subsidiaridad quedan recogidos de una manera armónica, pues aquí se mueven en el mismo nivel normativo-teórico que las consideraciones relativas a la fundamentación de la pena, a las que pueden acotar. No obstante: no es entonces el *Derecho* penal subsidiario, sino la *pena* en el caso particular.

## ¿LA TOLERANCIA COMO PRINCIPIO LIMITADOR DEL DERECHO PENAL?\*

Wolfgang Frisch

Entre aquellos principios que podrían resultar fértiles y significativos para la discusión de los fundamentos del Derecho penal parece hallarse, junto a la proporcionalidad y la subsidiariedad, la exigencia de tolerancia; tolerancia entendida como el soportar, asumir o aceptar aquello que discrepa de las propias representaciones o expectativas.<sup>1</sup> En cualquier caso la tolerancia se describe en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina como un principio inmanente a la Constitución, sobre todo en el contexto del reconocimiento de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa.<sup>2</sup> Que de tal principio de tolerancia pue-

\* Título original «Toleranz als Prinzip der Strafrechtsbegrenzung?». Traducción a cargo de Ricardo Robles Planas.

1. Sobre la descripción conceptual, cfr., entre otros, HALDER/MÜLLER, *Philosophisches Wörterbuch* 193, p. 316 y s.; MEYERS, *Kleines Lexikon Philosophie* 1987, p. 424 y s., así como el escrito de habilitación en filosofía de FORST, *Toleranz im Konflikt* 2003, pp. 30 y ss. que también pone de relieve los componentes conceptuales de la tolerancia (componente de rechazo y aceptación, ausencia de reproche).

2. Sobre el pensamiento de la tolerancia como mandato de «neutralidad religiosa del Estado» que se deriva del tenor de los arts. 3 III, 41, 33 III de la Constitución y del art. 140 de la Constitución en relación con el art. 136 I, IV, 137 de la Constitución de Weimar, véase, por todos, HERZOG en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 27ª entrega, noviembre 1988, Art. 4, núm. marg. 19 y ss.; STEINER, en HERZOG et al. (eds.), *Evangelisches Staatslexikon*, 3ª ed., 1987, pp. 3660 y ss.; así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por ejemplo, BVerfGE 12, 1 (4); 18, 385 (386); 19, 2006 (216); 24, 236 (246); detenida y ampliamente, HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, 2002. Cfr. Sobre el principio de tolerancia desde el punto de vista constitucional, además, PUTNER, «Toleranz als Verfassungsprinzip» en NEUMANN/FISCHER, *Toleranz und Repression*, 1987, pp. 71 y ss.; DEBUNS, *Das Verfassungsprinzip der Toleranz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1998; VOLKMANN, *Der Staat* 39, 2000, pp. 325 y ss. Amplias referencias bibliográficas sobre la discusión filosófica en FORST, en FORST (ed.), *Toleranz*, 2006, p. 7 (25); un panorama sobre esta discusión lo ofrecen los volúmenes de FORST (op. cit.) y HEYD (ed.), *Toleranz*, 1998.