

LUÍS GRECO

**LO VIVO Y LO MUERTO EN LA TEORÍA
DE LA PENA DE FEUERBACH
UNA CONTRIBUCIÓN AL DEBATE
ACTUAL SOBRE LOS FUNDAMENTOS
DEL DERECHO PENAL**

Traducción del alemán de
Paola Dropulich y José R. Béguelin

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2015

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	13
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	23
1. LA CUESTIÓN CENTRAL: ¿POR QUÉ SE DEBE HACER LO CORRECTO?.....	24
2. LO VIVO Y LO MUERTO	26
3. METODOLOGÍA.....	29
4. EL CURSO DEL TRABAJO.....	37
5. CUESTIONES BIOGRÁFICAS.....	38
6. FORMALIA	40
CAPÍTULO I. HISTORIA DEL DERECHO	41
1. PRESENTACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PENA DE FEUERBACH	41
1.1. La teoría en general.....	41
1.2. Consecuencias de la teoría	55
1.2.1. El principio de legalidad	55
1.2.2. El delito como lesión al derecho	61
1.2.3. La teoría del delito (fundamentos de la punibilidad absoluta).....	64
1.2.4. La teoría de la medición de la pena (fundamentos de la punibilidad relativa)	67
1.2.5. La ejecución de la pena y las penas especiales.....	71
2. LA PSICOLOGÍA DE LA TEORÍA DE LA COACCIÓN PSICOLÓGICA.....	75

	Pág.
CAPÍTULO II. FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	95
1. OBSERVACIONES PRELIMINARES.....	95
2. LA DIVISIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL	96
3. EL HOMBRE COMO FIN EN SÍ MISMO	129
CAPÍTULO III. FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL.....	157
1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	157
1.1. Introducción	157
1.2. ¿Cuál es la misión de la teoría de la pena?	158
1.3. La estructura de la teoría de la pena.....	161
1.3.1. La estructura formal: conminación penal e imposición de pena.....	161
1.3.2. La estructura material: justicia y adecuación a fines, deontología y consecuencialismo en la teoría de la pena.....	163
1.3.3. Excurso: la fundamentación de la legalidad penal.....	184
1.3.4. Nuevamente sobre la justicia y la adecuación a fines...	204
2. LA TEORÍA DE LA PENA.....	205
2.1. El concepto de la pena	205
2.2. Concepto material del delito o fines de la pena de primer or- den: ¿lesión (o protección) de derechos subjetivos o de bienes jurídicos?.....	228
2.3. Fines de segundo orden (I): el fin de la conminación penal ...	276
2.3.1. Introducción.....	276
2.3.2. El concepto de intimidación	278
2.3.3. Fundamentación.....	284
2.3.4. Objeciones empíricas	285
2.3.5. Objeciones normativas.....	298
2.3.6. ¿Prevención general positiva como fin de la conmina- ción penal?.....	316
2.3.7. Resumen general acerca de la finalidad de la conmina- ción penal	339
2.4. Fines de segundo orden (II): el fin de la imposición de la pena.....	339
2.4.1. Confirmación de la realidad de la conminación como fin de la imposición de la pena.....	339
2.4.2. Una objeción empírica	341
2.4.3. Prevención especial I: ¿correccionalismo o resociali- zación?	345
2.4.4. Prevención especial II: ¿inocuidación?.....	357

	Pág.
2.4.5. ¿Prevención general positiva?.....	361
2.4.6. ¿Retribución?	366
2.5. El fundamento jurídico de la conminación penal: no se afectan los derechos de nadie	366
2.5.1. Argumento de Feuerbach	366
2.5.2. Valoración.....	367
2.6. Fundamento jurídico de la imposición de la pena: ¿consentimiento del delincuente en la aplicación de la pena?	373
CAPÍTULO IV. CONCLUSIÓN.....	399
1. LO VIVO Y LO MUERTO: VALORACIÓN GENERAL DE LA TEORÍA DE LA PENA DE FEUERBACH	399
2. RESUMEN	405
BIBLIOGRAFÍA.....	411

PRESENTACIÓN

Tengo la enorme satisfacción de presentar al público de lengua española la traducción de mi tesis doctoral sobre «Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach», concluida en el año 2008 en la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich, Alemania, bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. *b. c. mult.* Claus Roxin, la cual recibió de la comisión de evaluación, compuesta por el director de tesis y por el Prof. Dr. Dr. *b. c. mult.* Bernd Schünemann, la calificación *summa cum laude*. El libro, como destaca el subtítulo, es menos una investigación sobre la historia del pensamiento jurídico penal que una «contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal». No deseo, en estas líneas, adelantar el contenido del libro que el lector está a punto de comenzar a leer, pero sí mencionar tres aspectos que considero relevantes, específicamente referidos a esta traducción.

El primero, porque es el más urgente, es agradecer a quienes han contribuido a la realización de la hercúlea tarea de composición de esta obra que el lector tiene ahora en sus manos. Estas personas son, en primer lugar, los colegas Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Ramon Ragués i Vallès, quienes concibieron la idea de traducir el libro y publicarlo en esta colección de la que ahora somos los tres directores. Agradezco también a la Editorial Marcial Pons, especialmente a Chris Christoffersen, Marcelo Porciuncula y María Dolores Fisac, quienes creyeron en la idea y tomaron todas las medidas necesarias para que pudiera realizarse. Mi mayor deuda de gratitud, sin embargo, es para los traductores, Paola Dropulich y José R. Béguelin, quienes realizaron con dedicación entusiasta el trabajo de volcar mi texto al idioma español. La larga lista de personas mencionadas en el prefacio a la versión alemana del libro no será reproducida aquí.

Con esto llego a mi segundo punto, relativo a las diferencias entre esta traducción y el original en alemán. El texto que el lector tiene en sus manos es aproximadamente un 30 por 100 más breve que el original. Las reducciones fueron una concesión que lo ideal tuvo que hacer a lo fáctico, para que el proyecto pudiera convertirse en realidad. De todos modos, fui yo quien decidió qué partes del libro serían suprimidas. Mi preocupación y mi criterio fueron mantener intacto el argumento central de la obra. Los pasajes eliminados fueron, principalmente, las réplicas formuladas en previsión de

imaginadas objeciones a las tesis filosóficas aquí sostenidas; el examen del desafío abolicionista al debate sobre la legitimidad de la pena; la discusión sobre el problema de la cifra negra; la crítica diferenciada a las posiciones retribucionistas; y algunas notas al pie cargadas sobre todo de referencias bibliográficas. En ocasiones he indicado, por medio de una cita de la obra original en alemán (GRECO, *Lebendiges*, p. ...), en qué lugar exacto el lector más curioso podrá encontrar las explicaciones o los pasajes que considere faltantes.

Aunque en un primer momento tuve cierta resistencia a realizar supresiones, hoy las considero también como una ganancia. Tal es el caso incluso de algunos pasajes sacrificados —principalmente referidos al abolicionismo y a las cifras negras— que habrían sido de mayor interés para el público de lengua latina de lo que son para el público alemán, que ya no se interesa por estos temas desde la década de 1970. El libro ha mejorado sensiblemente en lo que respecta a su estructura de tesis; el argumento central se trasluce de manera más clara que en la versión original. Además, algunos de los pasajes suprimidos contenían problemas: mi crítica al retribucionismo presenta un defecto que espero haber logrado corregir en una publicación posterior¹; y la solución dada al problema de las cifras negras es el pasaje de cuyo acierto hoy menos seguro estoy.

Paso así al tercer tópico de esta presentación: lo vivo y lo muerto en *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, al menos desde el punto de vista de su autor. Tanto el argumento central del presente libro, como sus tesis más específicas sobre diferentes teorías me parecen todavía correctas, aunque algunas de ellas parezcan bastante radicales (en especial, el rechazo a la resocialización como fin de la pena). Por esta razón, mis esfuerzos desde la finalización de mi doctorado se han orientado, principalmente, a precisar o desarrollar las ideas aquí presentadas². Fue el estudio más profundo del De-

¹ «A Ilha de Kant», en GRECO y MARTINS (coords.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2012, pp. 263 y ss.

² La idea de límites absolutos que el Estado no puede superar es puesta a prueba en «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *InDret* 4/2007, núm. 423; también en el libro GRECO, *Tortura, incesto y drogas. Reflexiones sobre los límites del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 16 y ss. A la teoría del bien jurídico y el concepto material de delito se dedican los otros dos estudios publicados en esa obra («¿Tiene futuro la teoría del bien jurídico? Reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán con respecto al delito de incesto», pp. 66 y ss.; «Tenencia de drogas, privacidad, autonomía. Reflexiones a partir de la sentencia de la Corte Suprema argentina sobre la inconstitucionalidad del tipo penal de tenencia de drogas para consumo personal», pp. 96 y ss.), así como una serie de estudios en lengua portuguesa [«Casa de prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal», en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 92 (2011), pp. 438 y ss.; «Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?», en *Revista de Concorrência e Regulação*, año II, núms. 7/8 (2012), pp. 349 y ss.; también en el *Anuário de Direito Penal Econômico e de la Empresa* (ADPE) 2 (2012), pp. 63 y ss.]. Regresé a la problemática de las teorías de la pena en «Comentário

recho procesal penal, que tuve oportunidad de desarrollar como disciplina a la que dediqué mi tesis de habilitación docente³, el que dio lugar a algunas dudas relativas, quiero creer, a aspectos secundarios del libro. Ellas se refieren a la ya mencionada solución propuesta para el problema de la cifra negra y también a la inflexibilidad con que propuse conectar crimen y castigo.

Augsburg, 30 de septiembre de 2015

ao estudo “A socialização do direito penal”, de Noé Azevedo», en *Revista dos Tribunais*, 921 (2012), pp. 46-55, y en «Recht und Vernunft. Zur Strafrechtstheorie Luigi Ferrajolis» («Direito e razão. Sobre a teoria da pena de Luigi Ferrajoli»), en *JJZG*, 10 (2008/2009), pp. 192 y ss. El nuevo concepto de culpabilidad aquí desarrollado —culpabilidad como falta de sensatez referida a la pena— es concretado a la luz de un problema específico en «Asesinatos por honor en el derecho penal alemán», en ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, 2012, pp. 227 y ss. Un intento de resumir la idea central del presente libro se encuentra en «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret* 4/2010, pp. 1 y ss.

³ *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015.

INTRODUCCIÓN

—Te escucho —dijo el rey.

El joven filósofo tembló. Por fin tuvo la oportunidad de hablar con el rey. Él debe enterarse de que el asunto de la humanidad está muy mal. Los hombres son torturados hasta la confesión o condenados a muerte. El ímpetu punitivista no se detiene siquiera ante el más íntimo ámbito de la esfera privada individual. A menudo el mal infligido con la pena excede la medida de lo merecido. Muchas penas son manifestaciones de la más grave crueldad. Los jueces dictan penas que no están legalmente previstas y castigan acciones que no fueron declaradas punibles por una ley anterior a su comisión.

—Que mi tiempo es escaso, tú lo sabes ya; cuéntame por tanto sólo aquello de lo que yo no he sido ya informado —agregó el rey.

El filósofo quebró su silencio. Un buen rey quiere el bien de sus súbditos. En gran medida de ello depende su propio bien. El modo de proceder dominante prácticamente no fomenta ahora el bien de los súbditos y del rey. La tortura no ofrece garantía de la verdad de una confesión. Por una ejecución pública se dejan impresionar sólo unos pocos. Prohibir acciones que tienen lugar en un ámbito meramente privado sería un derroche y, por ello, perjudicial. Sólo la pena que respeta el límite de lo merecido es percibida como merecida por el súbdito condenado y por todos en general. Las penas crueles corromperían al pueblo. Si hubiera leyes penales precisas, comprensibles, vinculantes y exhaustivas, los súbditos podrían transformarlas en pautas de su conducta y aprenderían a temer la comisión de hechos delictivos.

El filósofo se sorprendió de que se le hubiera permitido hablar hasta el final. Pero de su éxito supo sólo cuando recibió el encargo de preparar un proyecto de ley para el reino. Al filósofo le pareció que la cuestión de la humanidad finalmente conseguiría la victoria y así el proyecto se convirtió en ley.

—Después de todos estos años nos volvemos a hablar —dijo el rey, que había llamado al ya anciano filósofo—. Tu ley fue y es magnífica. Pues un buen rey quiere el bien de sus súbditos, del cual su propio bien depende, y bajo tu ley hemos sido felices durante mucho tiempo. Pero el mundo ha cambiado. Existen hombres que sólo con torturas llegan a hablar. En ciertos casos, las ejecuciones dejan de cualquier manera una impresión. Incluso

tiene sentido prohibir acciones que a pesar de su carácter privado, indirectamente, pueden causar daño a otros. A menudo los súbditos piden la pena máxima incluso allí donde es inmerecida. Y en ocasiones la indulgencia es más pernicioso que la crueldad.

El filósofo tembló como antaño. Sólo que esta vez tomó la palabra sin vacilar.

—Si esto ha de significar que debe preparar una nueva ley que incluya la tortura y la pena de muerte, castigos de acciones privadas, penas crueles y que excedan la medida de la culpabilidad, no podría contribuir con ello. Pues como filósofo sigue todavía convencido de aquello que dijo en su juventud.

—¿Quién ha hablado aquí de una nueva ley? —replicó el rey—. La ley permanece intacta, los súbditos han de temerle. Sólo que puede ser necesario, por su bien y por mi bien, que ellos le teman a otras cosas que no están en la ley y que quizá no deban estar en la ley.

1. LA CUESTIÓN CENTRAL: ¿POR QUÉ SE DEBE HACER LO CORRECTO?

El Derecho brinda parámetros de lo correcto. Cumplirlos no siempre es sencillo. En especial en situaciones difíciles, la pregunta acerca de la razón por la cual se debe hacer lo correcto se vuelve crítica. Pero la cuestión tampoco pierde relevancia en tiempos más tranquilos. Por ello es posible decir que la historia de la ciencia del Derecho penal, sobre todo en los últimos doscientos años, se puede interpretar como el intento de formular una respuesta a esta pregunta.

La pregunta puede ser expresada tanto con relación a la conducta del Estado como con respecto a la conducta de los ciudadanos. En concreto, y referido al *Estado*: ¿por qué no puede castigar sin culpabilidad? ¿Por qué no puede torturar ni imponer la pena de muerte? ¿Por qué no puede declarar punibles acciones que tienen lugar dentro de la esfera privada del ciudadano? *Last but not least*, para expresar la pregunta central en Feuerbach: ¿por qué no puede castigar sin ley? Y referido al *ciudadano*: ¿por qué no debe matar a otros hombres o sustraer cosas muebles ajenas con ánimo de apropiación?

Como tipo ideal se pueden distinguir *dos respuestas* a esta pregunta. Éstas no son las únicas posibles, sino sólo las que en la historia de la ciencia del Derecho penal han tenido el rol más distinguido y que por ello también en este trabajo estarán en primer plano. Una primera respuesta, que podría designarse como la kantiana, es sencilla: se debe hacer lo correcto, *porque es correcto*. La referencia a su corrección es suficiente como razón para hacer lo correcto. La pregunta por una razón para hacer lo correcto tiene poco sen-

tido para el kantiano, ya que no existe una mejor razón que precisamente la corrección. La segunda respuesta, que se podría denominar hobbesiana, no considera que esta respuesta sea iluminadora. Para ella se tiene siempre una razón para hacer lo correcto, y esta razón no es la corrección de lo correcto, sino el hecho de que *lo correcto es ventajoso*.

En particular, se ha hecho uso de ambos modelos de fundamentación de modo muy diferente, dependiendo de con qué cuestión particular concreta se ha relacionado. De cualquier manera, una *presentación general* resumida no parece inapropiada. Con respecto a la *conducta estatal* domina una sorprendente continuidad desde el tiempo de Feuerbach: aquí se utiliza principalmente la respuesta hobbesiana. El argumento central de Feuerbach para basar la legalidad penal en que la ley sería el mejor medio de intimidación general presenta una estructura hobbesiana de ese tipo. La ley conviene, ella intimida. La mayoría de sus otras ideas acerca de la teoría de la pena se pueden derivar directa o indirectamente de la afirmación de que lo correcto tiene que ser ventajoso. Aunque la teoría de la legalidad de Feuerbach no tiene en la actualidad demasiados seguidores, la estructura de argumentación hobbesiana que subyace a esta teoría es la preferida en muchas cuestiones centrales del accionar del Estado: así, se justifican las penas principalmente por su necesidad¹, y la sujeción del Estado a la culpabilidad del delincuente, por medio de una referencia a las ventajas preventivas, sobre todo socialmente integradoras, de la pena adecuada a la culpabilidad.

De manera sorprendente, con respecto al *comportamiento del ciudadano* se registra precisamente el desarrollo contrario: Feuerbach sostuvo aquí, al igual que para el Estado, una solución hobbesiana. La razón por la que el ciudadano debe respetar las leyes sería que la inobservancia de las leyes está conminada con pena. Él no podría quejarse cuando sea penado, porque mediante la comisión de un hecho conminado con pena incluso consentiría en su propia sanción. Hoy en día, en cambio, predomina a este respecto la perspectiva kantiana. Esto es claro sobre todo en dos puntos, esto es, en la prevención general positiva y en el concepto dominante de culpabilidad. La teoría de la prevención general positiva no dice nada distinto a que la razón que una conminación penal da al ciudadano para no realizar una conducta no consiste en que al ciudadano podría sucederle algo desagradable, sino en que su conducta sería incorrecta. Además, la teoría dominante de la culpabilidad sostiene una respuesta kantiana cuando indica que ya el mandato o la prohibición normativos darían al ciudadano una razón —que se impondría mediante la pena— para hacer lo correcto. La culpabilidad sería, por consiguiente, el reproche por no haberse orientado conforme a los mandados y prohibiciones del Derecho. No se necesitaría conocer la punibilidad del hecho para tener conciencia del ilícito.

¹ Obsérvese que lo necesario no es otra cosa que una forma límite de lo ventajoso.

Pues bien, en la presente investigación se sostendrá una opinión que precisamente *trastoca* los puntos de vista de la actual *opinión dominante*. Por un lado, se debe evaluar nuevamente la legitimidad de la respuesta kantiana con respecto al *accionar del Estado* frente a Feuerbach y la opinión dominante. ¿Por qué se ha de decir, por ejemplo, que una pena no puede exceder la medida de la culpabilidad por el hecho de que esto tendría efectos desintegradores y, por tanto, perjudiciales? ¿Por qué no es suficiente la afirmación de que se excede la medida de la culpabilidad? Este trabajo probablemente haya respirado el mismo aire que reactivó la corriente que critica la idea de adecuación a fines, la cual se vuelve cada vez más popular en la ciencia del Derecho penal alemán de los últimos tiempos. Sólo que no creo que sea posible o apropiado arreglarnos sin argumentos de adecuación a fines, por tanto, sin argumentos de estructura hobbesiana. Pero que estos no son suficientes se ha de exponer pormenorizadamente.

Con respecto al *accionar del ciudadano*, sin embargo, esta investigación pretende retornar a Feuerbach. Las implicancias de esto se harán visibles sólo en el transcurso del trabajo. No obstante, ya podría ponerse en claro que las dos teorías antes mencionadas, es decir, la de la prevención general positiva y la del concepto dominante de culpabilidad, deben ser rechazadas y que se hará el intento de reemplazarlas por alternativas acordes al pensamiento de Feuerbach.

2. LO VIVO Y LO MUERTO

«El concepto fundamental del que parte todo el Derecho criminal y al cual todo remite, es el concepto de pena estatal. Se puede decir sin exagerar que de la determinación o indeterminación de este único concepto depende la verdad o falsedad, la consecuencia o inconsecuencia de toda la teoría, y la estabilidad o la vacilación de la práctica»².

En este trabajo se aborda la *teoría de la pena de P. J. A. Feuerbach*, esto es, la famosa «teoría de la coacción psicológica». Sobre ella sin duda ya se ha escrito mucho. No obstante, este tema merece todavía una investigación, siempre que se intente tomar un nuevo camino. Hasta ahora los trabajos coinciden predominantemente en ver la teoría de la pena de Feuerbach como una obra importante, pero formulada sin embargo en tiempos pasados; una obra que se debería poder comprender y sobre la que se debería reflexionar, pero sin considerar seriamente la posibilidad de aprovecharla para nuestro tiempo. Feuerbach sería un pensador del nacimiento del Estado de Derecho liberal y de la Ilustración tardía, padecería por ello de todas sus ingenuidades, como la sobrevaloración de la razón y la subestimación de

² FEUERBACH, *Revision*, I, XIX; sobre el significado fundamental de la teoría de la pena, cfr. también *Über Strafe als Sicherungsmittel*, p. 4; *Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs*, I, pp. 51 s.

otros aspectos de la realidad que fueron característicos de su tiempo. Más aún: ya Savigny observó en 1817 que el Código Penal de Baviera de 1813, basado en la teoría de la pena de Feuerbach, había experimentado no menos de 111 reformas³, y Binding, quien no era conocido precisamente por su diplomática forma de expresarse, opinó que la teoría de Feuerbach sería «anticuada» y habría «fracasado por completo» con el Código Penal bávaro de 1813 inspirado en ella⁴.

La idea de que Feuerbach sólo pertenecería a la historia es en parte una concretización del difundido escepticismo frente a cualquier teoría de la intimidación general por medio del Derecho penal. La teoría de la intimidación tiene en la Alemania actual, en general, una mala reputación. Desde el tiempo de la posguerra se dedica a ella poco más que un desprecio general⁵. Así, escribe ya H. Mayer: «Pero quien traduce prevención general como intimidación, demuestra que no aprendió el idioma latín y no ha reflexionado cuidadosamente sobre la problemática»⁶. Lo expresado por Bockelmann desde el tiempo inmediato posterior a la guerra es aún en gran medida correcto: «En términos científicos difícilmente se siga sosteniendo una teoría de la pena que ponga de relieve el fin de intimidación»⁷. Nueve años más tarde él opinó todavía más duramente: «Sobre la teoría de la intimidación no se ha de gastar ni una palabra. Su incorrección es evidente»⁸. Y hoy dice Stratenwerth que la teoría de la intimidación habría «perdido todo crédito en la ciencia»⁹.

El propósito de la presente investigación es *tomar otra vez en consideración la teoría de la pena de Feuerbach y preguntar qué puede verse en ella como vivo y como muerto*. El trabajo está guiado en esto por un *limitado interés histórico-jurídico*. Sin embargo, sin una precisa presentación histórica de la teoría de Feuerbach, no sería posible avanzar. El lector notará que aquí se proponen incluso nuevas interpretaciones de puntos esenciales¹⁰. Pero el *propósito principal* reside en el ámbito de la *filosofía del Derecho penal*. Por

³ SAVIGNY, *ZgesRechtsw*, 3 (1817), p. 15; la misma evaluación en MITTERMAIER, *Strafgesetzbuch*, I, pp. 18 ss.; KÖSTLIN, *Geschichte*, p. 246. En extenso acerca de la reforma del hurto, un contradictor de FEUERBACH, GÖNNER, *NArchCrimR*, 1826, pp. 1 ss.

⁴ BINDING, *Grundriss*⁸, p. 208 (citas); *Handbuch*, p. 21: ya para el tiempo de SCHOPENHAUER, la teoría habría sido «anticuada desde hace mucho»; en sentido similar v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, I, pp. 458 s.; LENCKNER, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, p. 11.

⁵ Para pocas excepciones, véase *infra* pp. 272 ss.

⁶ H. MAYER, *AT*², p. 22.

⁷ BOCKELMANN, *JZ*, 1951, p. 495; en sentido similar Art. KAUFMANN, *Das Schulprinzip*, p. 202: entre las teorías relativas merece la pena discutir sólo sobre la prevención especial, «ya que la prevención general, la intimidación, hoy probablemente en ninguna parte se sostenga más como una razón decisiva de justificación de la pena».

⁸ BOCKELMANN, *Heidelberger Jahrbücher*, 5 (1961), p. 33.

⁹ STRATENWERTH, *Strafzwecke*, p. 9.

¹⁰ Cfr. *infra* cap. I, 2, contra el entendimiento que se nos ha transmitido, según el cual FEUERBACH parte del modelo de un autor razonable que pondera las consecuencias.

eso, no sólo el debate entre Feuerbach y sus contemporáneos constituye el centro de interés, sino también las observaciones formuladas sobre él (en su mayoría, empero, contra él) por los autores de la actualidad. Y por eso se deberá discutir no sólo sobre Feuerbach, sino sobre las teorías de la pena en general. Se trata de la posibilidad de sostener actualmente el pensamiento de Feuerbach y ello depende, entre otros, de la capacidad de rendimiento de las tesis concurrentes.

Muchas de las más radicales y también más interesantes posiciones jurídico-penales de Feuerbach, si se las observa más detenidamente, aparecen como una consecuencia directa de determinadas perspectivas generales jurídico-filosóficas. Piénsese, por ejemplo, en su rechazo de los conceptos de libre albedrío y culpabilidad, que en su opinión se deriva de su estricta separación entre Derecho y moral. Por eso, la evaluación aquí perseguida de la teoría de la pena de Feuerbach se alcanzaría sólo a medias si se dejaran de lado estas cuestiones previas, teóricamente elementales, de naturaleza jurídico-filosóficas y nos concentrásemos simplemente en la teoría de la pena, secundaria en esos casos. Las cuestiones jurídico-filosóficas que son prejudiciales para una satisfactoria valoración de la teoría de la pena de Feuerbach tienen, por eso, que ser aclaradas pese a las dificultades intrínsecas. En esa medida, el trabajo persigue también un *propósito jurídico-filosófico*. Esto se muestra como algo irrenunciable no en último término por el hecho de que en el tratamiento de cualquier cuestión particular concreta se realiza implícitamente, aunque la mayoría de las veces de modo inconsciente, una toma de posición sobre cuestiones previas fundamentales de carácter filosófico-jurídico, como por ejemplo la relación entre Derecho y moral. Por ello, aparece como una exigencia de la honradez científica hacer esta toma de posición también de manera explícita y consciente.

Dado que el completo alcance de la teoría de Feuerbach sólo se puede reconocer en su desarrollo en la *teoría del delito y de la medición de la pena*, no se podrán evitar cuestiones de esa índole. Por eso, las más importantes conclusiones de Feuerbach en dogmática jurídico-penal se presentaran por ello con relativo detalle. Pero las conclusiones que resultan de nuestras modificaciones a la teoría de Feuerbach sólo pueden ser esbozadas. Esta asimetría no puede evitarse en atención a la riqueza de la discusión dogmática moderna. Si se quisiera en verdad concebir nuevamente el estado de necesidad disculpante, el error de prohibición y la medición de la pena conforme al pensamiento de Feuerbach, no alcanzarían por mucho las presentes casi quinientas páginas.

Por esta razón, las consideraciones correspondientes tienen que quedar aquí en gran medida abstractas y sin concretización; al tratar los problemas teóricos de la pena, tienen que quedar sin debatir muchas cuestiones particulares de carácter dogmático y político-criminales ligadas a ellos. Su utilidad radica en ofrecer un marco dentro del cual se ha de desarrollar toda

la discusión sobre los problemas concretos en particular. Pero el análisis completo y concluyente de los resultados que aquí se obtendrán podrá surgir sólo de otras investigaciones.

3. METODOLOGÍA

La teoría de la pena de Feuerbach se puede investigar críticamente de *dos maneras diferentes*. Por un lado, se podrían tomar en consideración sobre todo los escritos de Feuerbach y la literatura secundaria con el objetivo de poner a prueba las ideas de Feuerbach a partir de sí mismas. Ese modo de proceder sería útil si sólo se tratara de comprender mejor las tesis de Feuerbach e investigar su consistencia interna. Pero de esta manera no se llegaría a un juicio sobre lo vivo y lo muerto de su teoría.

El presente trabajo, sin embargo, no lleva el título *Lo consistente y lo inconsistente en la teoría de la pena de Feuerbach*. Por eso es necesario otro modo de proceder. No es posible darse por satisfecho con Feuerbach y sus investigadores. Tiene que preguntarse, antes bien, si las ideas de Feuerbach aportan algo también para el actual estado de la discusión sobre las teorías de la pena. Esta exigencia significa, primero, que se tiene que incluir el estado de la discusión actual, precisamente cuando se trate de ideas y conceptos que hubieran madurado sólo después de Feuerbach: este es, por ejemplo, el caso de la crítica al Derecho penal hecha por el llamado abolicionismo, o el de la prevención general positiva. La exigencia significa, en segundo lugar, que no se pueden ignorar importantes experiencias que tuvieron lugar desde Feuerbach. En Alemania, y también en el orden internacional, hubo en los últimos doscientos años acontecimientos, especialmente de naturaleza político-totalitaria, por los que ninguna teoría de la pena puede pasar sin reflexión. Mucho menos se puede pasar por alto que la teoría de la coacción psicológica también fue un obstáculo para la humanización del Derecho penal. Una valoración de la teoría de la pena de Feuerbach que no satisfaga estas dos exigencias sería de muy dudosa utilidad. Se agotaría en una exégesis de Feuerbach y sería de interés exclusivamente para los futuros doctorandos que estudien a Feuerbach.

El *modo de proceder aquí escogido* quizá se pueda caracterizar de la mejor manera como *histórico-analítico*. En esa medida, es oportuno formular algunas palabras acerca del significado de ambos conceptos.

Histórico significa aquí sobre todo *tomar en serio la historia de la ciencia del Derecho penal*. Que Feuerbach y muchos de sus contemporáneos tuvieron poco en cuenta la historia, que ellos casi no prestaron atención a la historia en sus reflexiones, no es un secreto, sino parte del programa. En Feuerbach la hostilidad hacia la historia recibe incluso fundamentación epistemológica, en el sentido de que desde el ser histórico no puede derivarse un

deber normativo¹¹. Esta hostilidad hacia la historia fue fuertemente criticada en él y sus seguidores por parte de la generación siguiente, que se vanaglorió de dedicarse a la ciencia jurídica histórica¹². De modo irónico, empero, precisamente esa crítica merece el reproche de ser ahistórica. Pues la pregunta relativa al porqué de la falta de inclusión de las reflexiones de las generaciones pasadas en la reflexión teórica propia, llamativamente, no fue hecha por los críticos. Pero existió una clara razón por la que a Feuerbach y a los penalistas liberales de su tiempo les interesó poco la tradición. La razón fue que todavía no existía una tradición de signo liberal. Para un nuevo edificio que precisamente ha de erigirse sobre las ruinas o, mejor, sobre las cenizas del pasado, es válido poner la piedra fundamental.

En esa medida, nuestro punto de partida actual es sustancialmente más conveniente que aquel que tuvo Feuerbach. El edificio que él y sus contemporáneos concibieron fue durante más de doscientos años objeto de los esfuerzos de algunas de las cabezas más capaces de sus respectivas generaciones. Él sobrevivió tanto a ataques externos de quienes llevaban la arrogante bandera de la ideología totalitaria, como también al socavamiento interno, por parte de aquellos que detrás de la apariencia de inocuidad permanecen ligados a idearios que dinamitan el marco liberal, y así el edificio se transformó en una fortaleza. Cuáles son precisamente las columnas que soportan esa fortaleza no está tan claro. Qué otorga a la for-

¹¹ FEUERBACH, *Revision*, II, p. XXIX; la más exhaustiva toma de posición contra la posibilidad de derivar teorías normativas a partir de hechos se encuentra ya en su primer libro: FEUERBACH, *Beweisgründe*, pp. 9 ss.; cfr. también *Anti-Hobbes*, p. 10; *Lehrbuch*¹⁴, § 8, donde se niega la posibilidad de derivar de la historia, es decir, de hechos, los fundamentos de la ciencia; y *Über Strafe als Sicherungsmittel*, pp. 126 ss. en contraposición a KLEIN; *Historische Rechtsgelehrsamkeit*, pp. 218 s. («Lo que pertenece a la historia, ha perdido ya la vida», p. 219); además, HOMMEL, *Vorrede*, p. 8 («Fuera de lo que han hecho Christian Thomasius, Montesquieu y nuestro Marquis, todo es infértil»; la misma posición en *Philosophische Gedanken*, p. 57); ALMENDINGEN, *Imputation*, p. 5; STÜRZER, *Zustand des Criminalwesens*, pp. 14, 17 ss.; BENTHAM, *Traité de Legislation*, I, p. 109.

En un volante político FEUERBACH escribió unas líneas que a menudo son citadas sin observarse en qué medida están en contradicción con las premisas kantianas de su pensamiento (en especial, con la prohibición de derivar del ser un deber) y que se trató precisamente sólo de un volante político: «De lo que ha sucedido y de cómo ha sucedido, nosotros reconocemos lo que sucederá y esto nos dice cómo debemos y podemos actuar» (*Unterdrückung und Wiederbefreiung*, p. 192). Este error cometen E. WOLF, *Feuerbach*, p. 555; HANEY, *Feuerbach*, p. 306; FLEISCHMANN, *Feuerbach als Philosoph*, pp. 42 ss., quien a este respecto va a proponer a la citada contribución como fuente de una supuesta filosofía feuerbachiana de la historia. En cambio, reconoce RADBRUCH, *Feuerbach*, p. 103, cuán poco subyace KANT en esta cita.

A menudo, la hostilidad hacia la historia es considerada como una característica de la Ilustración, p. ej. CASSIRER, *Philosophie der Aufklärung*, p. 313. Si ello es correcto en general, no nos interesa (en contra ya DILTHEY, *Achtzehntes Jahrhundert*, pp. 209, 222 ss.; hoy p. ej., KONDYLIS, *Aufklärung*, p. 421: «leyenda romántica»; KREIMENDAHL, *Aufklärung*, p. 19). Para el grupo en torno a FEUERBACH, en cualquier caso, vale esa característica.

¹² P. ej., MITTERMAIER, *Grundfehler*, p. 8; ROßHIRT, *Lehrbuch*, pp. 10 ss.; *Entwicklung*, p. 4; *Geschichte*, I, p. 332: «fase racionalista sin iluminación histórica»; *Geschichte*, II, p. 316. Otras referencias en SINA, *Rechtsgut*, pp. 15 s.

taleza su carácter liberal, en cambio, sí lo es: el decidido reconocimiento de ciertos límites al accionar estatal que bajo ninguna circunstancia se está dispuesto a relativizar. En los doscientos años transcurridos desde Feuerbach se puede observar cómo paulatinamente fueron concebidos y se han impuesto estos límites. A ellos pertenecen, por ejemplo, la prohibición de penas desproporcionadas, la prohibición de penar sin culpabilidad o más allá de ella, la prohibición de la tortura y la pena de muerte, la prohibición de condenar sin ley. Estas prohibiciones son los «hechos crudos» de los cuales las presentes reflexiones toman su punto de partida —no porque se afirme que exista algo así como hechos crudos en el sentido de un realismo epistemológico ingenuo, sino porque la tradición liberal desde Feuerbach ha intentado solucionar cada incompatibilidad entre una teoría cualquiera y uno de estos hechos crudos en contra de la respectiva teoría, de modo que no se tiene una razón para abandonar ese carril—. Tomar en serio la historia significa aquí por ello, en primer lugar, *tomar en serio la tradición liberal* como establecimiento de determinados límites al ejercicio del poder estatal que no admiten excepción.

Para la tradición liberal no fue fácil. Pero una de sus principales fuerzas fue la capacidad de aprender de los ataques de sus adversarios. Por ello, tomar en serio la historia significa aquí a la vez *tomar en serio también los ataques antiliberales*, lo cual presupone una sincera autocrítica con relación a si el material con el cual se construye la fortaleza no procede en realidad de los adversarios. Siempre se pondrá en claro aquí, por esta razón, los argumentos de los cuales fueron extraídas consecuencias antiliberales y se deberá preguntar si ese tipo de argumentos pueden en verdad formar parte de la fortaleza y, si la respuesta es afirmativa, bajo qué condiciones y reservas debería ocurrir esto. De los adversarios que abiertamente se dan a conocer como tales se puede aprender mucho —sobre todo de sí mismo, sobre todo con relación a cómo comportarse para no volverse así como él—.

Tomar en serio la historia significa aquí, en tercer lugar, tomar en serio la perspectiva de aquellos que hicieron la historia; por tanto, *revalorizar la comprensión que de sí mismos tuvieron aquellos autores* y soslayar las clasificaciones vulgares genéricas, en perspectiva a vista de pájaro. Esto significa concretamente, por un lado, que ya por razones metodológicas se debería ser escéptico frente a interpretaciones radicalmente revisionistas: las inversiones de signos —como se han puesto de moda hoy, de manera que p. ej., un autor que siempre fue tenido por liberal es convertido en portavoz de una forma sutil del ejercicio de dominación— están por principio excluidas, a menos que se brinde también una fundamentación que sea tan buena que equipare el carácter contraintuitivo de la afirmación de la existencia de un error colectivo ligada a esto. Además, esto significa que el manejo de ideas ajenas, por principio, debería estar regido por el llamado principio de ca-

ridad (*charity principle*)¹³, el cual importa cuidarse de detectar demasiado rápidos contradicciones e ideas erróneas en la obra de otros. A menudo precisamente aquello que *prima facie* aparece como una contradicción proporciona la clave para acceder a un plano más profundo del pensamiento del autor, donde la contradicción en realidad se diluye. Y la comprensión que de sí mismo tiene el actuante se toma en serio en cuanto —como se señalara— se resiste a la tentación de encasillar todo en categorías de apariencia histórica. En este trabajo se debe intentar, tanto como sea posible, no explicar (y menos aún elogiar o criticar) una determinada posición de un autor a través de su clasificación en una determinada época histórica. Ni siquiera las mejores investigaciones de historia del Derecho penal escapan a afirmaciones como la de que una determinada opinión se habría correspondido «a la tendencia política de ese tiempo»¹⁴. Lo que habla en contra de las clasificaciones de ese tipo es que en realidad implican un dilema. Si son correctas, entonces, son tautologías que nada dicen —pues la tendencia política de la época no es algo que suceda sobre las cabezas de los actores, sino que es constituida precisamente por los escritos que así se intenta interpretar—. Por ello no hay un evidente progreso del conocimiento. Si estas clasificaciones por el contrario expresan algo, si van más allá de las características que se pueden ver directamente en la obra del autor y de otros contemporáneos, entonces son a menudo imprecisas y representan el intento de comprimir toda la diversidad que ofrece un determinado autor en la cama de Procasto de una interpretación preconcebida¹⁵. Sólo se pueden formular afirmaciones generales sobre la época sobre la base de cuidadosas inducciones.

Tomar en serio a la primera persona implica, por último, otorgar su lugar a *voces olvidadas*. Feuerbach, Binding, Welzel y Jakobs tienen algo en común que sólo se ve en cuanto se piensa en el último: todos ellos se hallan en el centro de la discusión científica de su tiempo, pero sin transformarse ninguno en «opinión dominante». Opinión dominante ha sido siempre lo que está en los comentarios estándares y en los manuales de estudiantes. Pero la opinión dominante es a menudo poco interesante, no posee ni el brillo ni el valor del pensamiento original y por ello la generación siguiente ya no lee la opinión dominante del tiempo anterior, sino sólo a pensadores brillantes, valientes y originales. Así, del alejamiento de la tercera persona surge la impresión de que estos grandes intelectuales serían representativos para

¹³ Sobre ello, DAVIDSON, *Expressing Evaluations*, pp. 35 s.

¹⁴ Así p. ej., Eb. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 238, con relación a FEUERBACH. Citas similares se puede seguir enumerando a discreción. Pero el rey de las clasificaciones generalizadoras podría ser E. WOLF, *Feuerbach*, pp. 543 ss.

¹⁵ Las consecuencias que produjo este modo de proceder metódicamente invertido se explicarán sobre todo en nuestro capítulo sobre la psicología de FEUERBACH. Ahora sólo un poco: se atribuye a FEUERBACH unánimemente la opinión de que él partiría del modelo de un autor razonable que hace ponderaciones, con lo que él coincidiría con la psicología racionalista del tiempo de la Ilustración.

su tiempo, a pesar de que ellos en su tiempo siempre fueron considerados marginales, aunque extraordinariamente interesantes. ¿O acaso el penalista actual se siente representado por Günther Jakobs?

Sería de verdad necesario escribir de nuevo la historia de la ciencia jurídica alemana, que tradicionalmente es una historia de las grandes figuras, considerando más fuertemente lo «sólo-normal», la opinión dominante. Esto, tanto en virtud de la pretensión de verdad histórica —pues, mientras uno se concentra en estos autores, se reduce de modo contrario a la verdad lo mejor y lo más singular de un tiempo al estado normal de ese tiempo—, como también por razones de justicia —pues sólo cuando se conoce lo normal, se puede comprender en qué consiste la grandeza de los grandes—. El trabajo que implica esa nueva escritura de la historia de la ciencia jurídico-penal sería, empero, una empresa demasiado grande para una tesis doctoral. Aquí se intentará, de cualquier manera, no reducir el tiempo de Feuerbach a una charla entre Feuerbach y Grolman y quizá también Klein, sino también considerar junto a ellos, intensamente, a otros autores no tan brillantes. Las épocas posteriores, sin embargo, han sido reducidas a sus figuras cumbre, pero al menos con conciencia de que ello representa un punto de vista incompleto, que no obstante sólo puede ser subsanado mediante un desarrollo amplio que aquí no es realizable.

Tomar en serio la historia significa también que se toma en serio y se acepta la historia como historia, como *relato de lo ocurrido*, como conjunto de acciones humanas de una determinada época y no se la desnaturaliza, por ejemplo, transformándola en filosofía o política. Una investigación sobre un penalista de la Ilustración, que se ocupa de sus escritos y de aquellos de sus contemporáneos, descubre mucho más que lo que puede sugerir la caricatura usual, guiada sobre todo políticamente, de la Ilustración como la Edad de Oro de la razón, de la libertad y la emancipación. Mucho de lo hallado contradice en realidad diametralmente estos supuestos rasgos de la época. Esto puede ser irritante para aquel que con gusto difunde cuentos del pecado original. Para quien ve en la historia un emprendimiento humano, es empero una evidencia que nos impide hacer pasar reivindicaciones políticas o filosóficas como determinados hechos históricos.

Y por último, todavía ha de decirse que la historia del Derecho penal objeto de este trabajo es la *historia de la ciencia del Derecho penal*. La ciencia del Derecho penal es entendida como el intento de alcanzar conocimiento por medio de la razón. Esto implica que ella deba ser considerada en gran medida como una empresa cerrada. Este trabajo renuncia por ello a recurrir a la sociología y sobre todo a la psicología. A nosotros nos interesan los argumentos con los que se ha de sostener una determinada opinión y no la referencia al espíritu de la Ilustración o de la Restauración, a los tiempos de Adenauer o al año 1968, y mucho menos a los traumas de la infancia o a la avanzada edad del respectivo autor. Si las cadenas argumentales de la

ciencia del Derecho penal están inconclusas, se intentará encontrar los eslabones faltantes en el plano de la ciencia del Derecho penal, sin recurrir a la sociología o la psicología o la política. El enfoque en la ciencia jurídico-penal implica también la renuncia a incluir intensivamente la historia de la legislación. En este trabajo no se abordan leyes particulares, sino las discusiones que condujeron a ellas y que se derivaron de ellas¹⁶.

Pero los frutos del abundante material histórico sólo se pueden realmente cosechar cuando simultáneamente se procede de modo estrictamente *analítico*. Proceder de modo analítico significa, en primer lugar, que uno se puede guiar por la inquietud de distinguir argumentos que a menudo se mencionan al mismo tiempo uno junto a otros y de evaluar separadamente su fundamentación. No es raro que haya varias hermanas de una única teoría y la crítica estándar que se dirige a toda la familia concierne, si se observa de cerca, sólo a la más fea de ellas. Nuestra atención se dirige preferentemente a observar dos diferenciaciones que frecuentemente se desdibujan en las discusiones particulares: en primer lugar, la contraposición entre empirismo y apriorismo; luego, y sobre todo, la contraposición entre consecuencialismo y deontología. A menudo un argumento comienza por uno de los lados de esa dicotomía para cambiar inadvertidamente su color y concluir en el otro lado. En casos de esa índole no se trata en realidad de un único argumento, sino de dos argumentos que deben ser diferenciados cuidadosamente uno de otro y cuyas pretensiones de exactitud deben ser corroboradas con independencia entre sí. Sólo un modo de proceder prudente y analítico puede ser sensible a sutilezas de ese tipo.

Analítico significa aquí, además, que se hará un esfuerzo por lograr *cadena deductivas lo más cortas posible*. Si bien el enfoque está muy difundido en Alemania, en la fundamentación de las afirmaciones propias se espera un apoyo en otras teorías —como por ejemplo la teoría de sistemas, la teoría del Derecho de Kant o Hegel, el psicoanálisis o la teoría de Habermas, etc.—. Incluso Feuerbach buscó una conexión tanto con Kant como también con la psicología asociativa de entonces. En cambio, el presente trabajo ve los principios que son constitutivos de la «tradición liberal» recién descrita como comienzo de toda teorización, de modo que la validez de estos principios no depende de la aprobación de un gran no-jurista. Sólo los principios adicionales sin los cuales de verdad no se puede avanzar en la fundamentación y explicación de los primeros principios, deben ser aquí objeto de reflexión. La usual adopción en la ciencia jurídica de modelos teóricos extraños a me-

¹⁶ Para un intento de examinar el desarrollo de la ciencia jurídico-penal en el siglo XX considerando también el trasfondo político, sociológico e histórico-legislativo, cfr. KUBINK, *Strafen, passim*; de otro modo, también el programa de una llamada historia contemporánea jurídica de VORMBAUM, *Einführung*, p. 1. En cambio, la defensa de NAUCKE de una historia del Derecho penal «que sume» en vez de que sólo «protocolice» no debería superar todavía el marco aquí definido (NAUCKE, *Strafrechtsgeschichte*, pp. 354 ss.).

nudo ni siquiera está en condiciones de reflejar aquellos límites laboriosamente formulados en los cuales identificamos la tradición liberal. Pero, sobre todo, esos modelos no pocas veces adolecen de sus propias deficiencias internas que son legadas a todos, también a aquel que deriva su teoría de ese modelo.

Cuando se aborde la fundamentación de las ideas que aquí se desarrollan, se intentará también ampliar el *pool* de las estrategias argumentativas tradicionales. Es decir, nosotros no nos serviremos sólo del esquema de argumentación deductiva tradicional, que sigue un modelo escalonado de justificaciones epistemológicas. En especial, otros tres modos de argumentación tienen en este trabajo un rol prominente: en primer lugar, *argumentos abductivos*, por tanto, inferencia a la mejor explicación, a los que se recurre en varios puntos centrales, en especial allí donde muchos se entregan a un escepticismo fundamental. En segundo lugar, se sirve frecuentemente de un *argumento de coherencia* similar, que busca, en especial, considerar también las consecuencias indirectas de cada uno de los principios sostenidos. Pero muchos de los argumentos centrales de este trabajo se exponen en forma de una *reductio ad absurdum documentada históricamente*: por medio del testimonio de grandes pensadores del Derecho penal, se muestra cómo determinadas premisas pueden llevar a conclusiones que ya no son compatibles con la aquí llamada tradición liberal, lo que a menudo se toma como motivo para juzgar que esas premisas necesitan revisión.

Analítico también significa aquí que se adopta un *enfoque anti-reduccionista*. Por reduccionismo se entiende el procedimiento que considera los principios que nosotros tenemos por verdaderos, en primer lugar, como mera apariencia, a menos que esos principios se puedan atribuir a un plano más profundo, donde la verdad en realidad deba estar situada. En cambio, se acepta que no todo debe ser cuestionado y que los principios que parecen verdaderos, *prima facie* también son verdaderos, a menos que se encuentre una explicación que haga comprensible no sólo lo verdadero sino también el extendido error. Sobre todo se ha de evitar reducciones que no dejan nada más que lo reducido. Ese tipo de reduccionismo se encuentra por ejemplo en el marxismo, en el psicoanálisis o también en la teoría de los sistemas. Estos son reduccionistas porque —expresado de modo sencillo—, por ejemplo, pueden utilizar el principio «*A* no debe ser» sólo en la medida en que él se pueda atribuir a las relaciones de producción de la sociedad o a la solución de conflictos de impulsos o a la estabilización de sistemas sociales. El modo de proceder que aquí se empleará se correspondería antes bien con agotar, del modo recién descrito, las posibilidades de fundamentación del principio «*A* no debe ser», por tanto, sin descuidar la perspectiva interna de aquellos que sostienen el principio «*A* no debe ser». Sólo en caso de fracasar esta estrategia sería oportuno un cambio a otros planos de discusión. Una forma especial de reduccionismo, que constituye uno de los blancos principales

de este trabajo, es —como ya se dijo— la muy difundida reducción de los argumentos kantianos a los hobbesianos.

La influencia analítica se refleja también en la *estructura patchwork del trabajo*. A pesar del constante *leitmotiv* (como de la antes expuesta cuestión central) y a pesar de la dependencia interna de unos pensamientos respecto de otros, cada sección es en gran medida legible y comprensible de modo independiente. Dado que el trabajo tiene por objeto la teoría de Feuerbach en su totalidad, y no meramente un aspecto parcial de ella, y dado que la discusión científica desde los tiempos de Feuerbach se ha profundizado y diferenciado sobremanera, no es posible tratar determinadas cuestiones y objeciones particulares, ni «resolverlas» ligeramente. El autor espera que el camino aquí preferido, de dedicarse con esmero hasta el detalle a cada cuestión particular tratada, sin descuidar en ese proceder la totalidad, pueda despertar en el lector un sensación análoga a la de escuchar música polifónica.

Y, en último término, *analítico* significa que, dentro de los límites tanto de lo posible como también de la competencia técnica del autor, se hará el esfuerzo por tomar en cuenta el *estado de la investigación en la filosofía analítica*. Que predominantemente se busque el diálogo con esta corriente filosófica en lugar de otras, se relaciona sobre todo con el hecho de que ésta se siente comprometida en especial medida con los estándares de la claridad y de la lealtad argumentativa. Con la filosofía que en vez de argumentos concluyentes prefiere utilizar metáforas, declamaciones, psicologismos o bien sociologismos, o sencillamente agravios¹⁷, el autor puede hacer poco, y eso se refleja en la elección de los textos y autores no-jurídicos de los que se sirve el trabajo.

En realidad, el método de trabajo analítico, tal como se practica en especial en el ámbito de la lengua anglosajona, no está muy abierto a ser fecundado por la historia. Pero esto es un error, pues la analítica ciega, por tanto, analítica que no toma como puntos de partida de sus propias reflexiones las ideas y los argumentos que se generaron en la historia, si bien ocasionalmente puede expresar algo agudo, a menudo eso no interesa de verdad a quienes toman parte en el debate. Con frecuencia, sencillamente, no se encuentra el objeto de discusión y sólo se debate consigo mismo¹⁸. El presente trabajo se basa en el convencimiento de que la analítica no puede prescindir de la historia, como, a la inversa, la historia no puede prescindir de la analítica. Se podría aquí parafrasear una conocida frase de un filósofo todavía más

¹⁷ Véase también la diferenciación entre una filosofía argumentativa y una declamativa como aporte del resumen histórico de RÖD sobre la filosofía (*Weg der Philosophie*, II, p. 548).

¹⁸ Sólo un ejemplo: en la fase temprana de la discusión teórico-penal a través de la filosofía analítica, QUINTONS, *Analysis*, 14 (1953-1954), p. 134, intentó «resolver» la disputa entre teoría de la pena absoluta y relativa explicando la teoría de la pena absoluta como una tesis sobre el concepto de pena y la relativa, en cambio, como una tesis sobre la justificación de la pena. Esto sólo lo puede afirmar alguien que está muy poco familiarizado con el material histórico.

conocido, y decir que la analítica sin la historia está vacía y que la historia sin la analítica está ciega.

Analítica e historia dependen una de otra en último término porque ellas extraen conclusiones en sentidos contrapuestos. Donde la analítica ve un *quiebre*, la historia reconoce a menudo una *continuidad*. La analítica tiende a diferenciaciones y delimitaciones, mientras que la historia descubre conexiones y puentes. La analítica puede aprender de la historia lo que vale una diferenciación lógica y semánticamente oportuna, mientras que la historia puede aprender de la analítica de qué elementos heterogéneos está constituida la continuidad aceptada.

La consideración de la historia del Derecho penal requiere la revisión de un *material literario inabarcable*. Pero el alcance del marco definido torna irrealizable toda pretensión de abarcar por completo el material publicado. La literatura tomada en cuenta de ninguna manera se limita por ello a las publicaciones aparecidas en lengua alemana. Desde hace algún tiempo, las *contribuciones del mundo de lengua latina* ya no deberían ser tan absolutamente ignoradas por parte de la ciencia jurídico-penal alemana, tal como todavía ocurre hasta hoy¹⁹. Pero también las reflexiones de lengua inglesa, que sólo ocasionalmente pudieron despertar alguna atención²⁰, serán también incluidas en las consideraciones que aquí se harán. Un trabajo cuyo propósito precisamente consiste en aprender de otras épocas tiene que estar dispuesto, en igual medida, a dejar atrás tanto como sea posible los límites tradicionales del propio ámbito lingüístico. Por ello el trabajo no se presenta como contribución al Derecho comparado que por regla general sigue el desacreditado lema «*separate but equal*», sino como contribución a una *ciencia universal del Derecho penal*, que quiere evaluar el valor de todas las ideas, sin tener en cuenta su procedencia, como trabajo en un asunto común.

4. EL CURSO DEL TRABAJO

En primer lugar, naturalmente, se habrá de *presentar la teoría de la pena de Feuerbach* (*infra* cap. I). Dentro de los límites de lo posible, se intentará hacer una presentación puramente descriptiva y libre de valoraciones. En este camino, la teoría deberá ser expuesta, primero, en sus rasgos generales (cap. I, 1.1), y luego se pasará a hablar en concreto de las conclusiones extraídas de ella (cap. I, 1.2). Querer entender la teoría sin las conclusiones, significaría no poder entenderla en su totalidad, pues algunas de las conclusiones son para Feuerbach quizá incluso más importantes que la teoría

¹⁹ Así también, marcando un nuevo rumbo, ROXIN, *AT*, I⁴, VII; ya exigido en *Strafrechtswissenschaft*, p. 381.

²⁰ P. ej., H. KAISER, *Widerspruch und harte Behandlung*, pp. 134 ss.; KALOUS, *Positive Generalprävention*, pp. 172 ss.; J.-C. WOLF, *Verbütung oder Vergeltung*, pp. 17 ss.

misma. Luego nos ocuparemos en detalle de la psicología de la teoría de la coacción psicológica (cap. I, 2), porque con relación a esta cuestión domina un malentendido casi unánime que desde hace ya tiempo necesitaría una aclaración.

En segundo lugar, distintos aspectos jurídico-filosóficos de la teoría de la pena de Feuerbach serán sometidos a un *examen jurídico-filosófico*. Aquí debe abordarse, en primer término, una cuestión que conforma un pilar fundamental de la teoría de Feuerbach: la relación entre Derecho y moral (cap. II, 2), que es concebida por Feuerbach como la de una de separación estricta. Para nosotros se tratará, por tanto, de investigar en qué medida esta separación es sostenible todavía hoy. A continuación se examinará el contenido preciso del *topos* del «hombre como fin en sí mismo», que desde Kant aparece en relación con la crítica a las teorías relativas de la pena (cap. II, 3).

Luego, el trabajo se dedicará al específico *contenido de filosofía del Derecho penal y de política criminal* de la teoría. Se podría decir que aquí radica el núcleo de la investigación, pues, tanto para la construcción de la teoría de la pena (cap. III, 1.4), como también para su concreta configuración (cap. III, 2), se intenta aquí decir algo con referencia a materias tales como la teoría de la lesión al Derecho (cap. III, 2.2) y el concepto de culpabilidad (cap. III, 2.6).

5. CUESTIONES BIOGRÁFICAS

Si bien el trabajo no persigue primariamente un interés en general histórico o biográfico, no es perjudicial presentar de modo obligadamente breve la vida de Feuerbach²¹. Paul Johann Anselm v. Feuerbach, filósofo, profesor, juez y legislador, nació en 1775 en Hainichen, Jena, y murió en 1833 en Frankfurt. Después de sus estudios de filosofía se vio obligado a responsabilizarse muy pronto de esposa e hijo, lo cual lo condujo contra su voluntad a estudiar ciencias jurídicas. Décadas después, él escribió a este respecto en una carta: «La jurisprudencia me repugnó profundamente desde los primeros años de mi juventud, hasta el día de hoy no me siento atraído por ella como ciencia»²². Pero la desdicha de Feuerbach significó una gran suerte

²¹ Sobre la vida de FEUERBACH, cfr. sobre todo la cuidada biografía de RADBRUCH, *Feuerbach*, así como FLEISCHMANN, *Feuerbach als Philosoph*, pp. 1 ss.; LANDSBERG, *Geschichte*, pp. 112 ss.; VOCKE, *ZStW*, 47 (1927), pp. 1 ss.; Arthur BAUMGARTEN, *Feuerbach*, pp. 12 ss.; BLAU, *Feuerbach*, pp. 8 ss.; E. WOLF, *Feuerbach*, pp. 545 ss.; SPENDEL, *NJW*, 1958, pp. 815 ss.; Eb. SCHMIDT, *Geschichte*, § 223; KIPPER, *Feuerbach*, pp. 18 ss.; LÜDERSSEN, *Feuerbach*, pp. 1117 ss.; NAUCKE, *Funktions-tüchtigkeit*, pp. 102 ss.; SPENDEL, *Kriminalistenporträts*, pp. 13 ss.

²² El fragmento, que fue tomado de una carta dirigida a uno de sus hijos, Anselm, continúa de la siguiente manera: «A la historia y en especial a la filosofía estuvo exclusivamente dirigida mi afición [...]. Pero, ¡mira! Entonces conocí a tu madre; yo quedé en situación de reconocermela».

para la ciencia jurídica, pues no hubo que esperar mucho hasta que su genio comenzó a brillar. Con poco más de veinte años de edad, él publicó ya los dos tomos de su monumental *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts** (1799 y 1800), en los cuales fue elaborado hasta en los detalles su sistema de la teoría penal y las opiniones de los adversarios fueron criticadas con apasionamiento. Ya inmediatamente después de su publicación, la obra fue reconocida como memorable²³. Tampoco hubo que esperar mucho para la aparición de su clásico tratado de Derecho penal, que luego fue editado catorce veces, durante más de cuatro décadas, y que se transformó en una herramienta para la formación de varias generaciones de juristas (1.ª edición: 1801).

La actividad universitaria no pudo entusiasmar a Feuerbach por mucho tiempo. Sólo durante escasos 4 años, de 1801 a 1805, dictó clases en las universidades de Kiel y Landshut²⁴. La vida en la práctica parece haberle atraído más, y pasó la mayor parte de su vida como juez. En el año 1804, con 28 años de edad, Baviera le encargó la elaboración de un proyecto de código penal, que posteriormente, con pocas modificaciones, entró en vigencia como el Código Penal de Baviera de 1813²⁵. De un modo no alejado de la exageración, pero tampoco carente de toda justificación, él es visto a menudo como el fundador de la ciencia penal moderna²⁶.

En los años posteriores, su actividad científica se movió progresivamente del Derecho material al Derecho procesal y al Derecho comparado²⁷. Feuerbach mostró también un gran interés por las cuestiones de su tiempo, como parece comprobarlo su apasionado compromiso con Kaspar Hauser en la famosa controversia²⁸.

obligado hacia ella; eso me llevó a adoptar una especialidad que me proporcionara empleo e ingresos en forma más rápida que la filosofía —para poder sustentarnos a tu madre y a ti—. Entonces me pasé con rapidez, pero con decisión firme, de mi amada filosofía a la repugnante jurisprudencia [...]» (*Biographischer Nachlaß*, II, pp. 137 ss.); sobre ello, en detalle, RADBRUCH, *Feuerbach*, pp. 34 ss.

* N. del T.: «Revisión de los fundamentos y conceptos básicos del Derecho penal positivo».

²³ ALMENDINGEN, *BpRW*, t. II, ap. II (1804), p. 298.

²⁴ Cfr. RADBRUCH, *Feuerbach*, p. 212.

²⁵ FEUERBACH, *Entwurf des Gesetzbuchs*, *passim*. Pormenores acerca del proyecto de FEUERBACH, en GEISEL, *Entwurf*, *passim*.

²⁶ Cfr. p. ej., DANNECKER, *Nullum crimen*, p. 28; Art. KAUFMANN, *Feuerbach*, p. 255; LANGE, *Rechtsstaat*, p. 62; LENCKNER, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, p. 11, nota 24; LÜDERSEN, *Feuerbach*, p. 1119; MIR PUIG, *Introducción*², p. 53; MOHNHAUPT, *Feuerbach*, p. 201; ROXIN, *Einführung*, p. 8. Ocasionalmente le concede CARPZOV este título, cfr. p. ej., KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, p. 11. VORMBAUM, *Einführung*, p. 43, llama a Feuerbach el «más importante penalista alemán».

²⁷ Cfr. las obras posteriores: *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht* (1813); *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege* (t. I, 1821; t. II, 1825). Acerca del proyecto de FEUERBACH de una «historia universal de la ciencia jurídica», cfr. RADBRUCH, *Feuerbach*, pp. 190 ss.; MOHNHAUPT, *Universalgeschichte*, pp. 97 ss.

²⁸ Sobre ello, RADBRUCH, *Feuerbach*, pp. 195 ss.

6. FORMALIA

El *orden de las citas* en las notas al pie se orienta, en la sección de historia del Derecho, según el año de la publicación, en las otras secciones se ordena alfabéticamente o bien, donde se expone la historia de la transmisión del argumento, según las generaciones de autores y, dentro de esta generación, alfabéticamente. El *modo de citar los libros* debe posibilitar y facilitar la revisión de las citas. En el caso de libros, sobre todo clásicos, que fueron publicados en varias ediciones de distintas editoriales, preferentemente no se cita la página, sino el capítulo, el párrafo (§) u otra marca que permanezca de modo constante. En el índice de literatura, estos libros se encuentran ocasionalmente registrados también con otros datos además de la ciudad y el año de aparición. En el caso de *libros que tienen varias ediciones*, fue utilizada por norma la última. En la sección de historia del Derecho, se trató de presentar el pensamiento de Feuerbach frente al estado de la discusión de entonces, de modo que fueron preferidas las ediciones que precedieron inmediatamente a las publicaciones de Feuerbach. Ocasionalmente, se recurrió también a ediciones previas, porque la última edición o bien no era localizable o bien no se evaluó como decisiva. *Las citas textuales de obras en idioma extranjero* fueron traducidas por mí cuando no se indica algo distinto. La *predicación de una determinada opinión o teoría con el nombre de un autor* (platónico, kantiano, feuerbachiano, etc.) sólo significa en este trabajo que la opinión o la teoría a la que se otorga ese predicado tiene una relación con una interpretación posible del correspondiente autor. En la medida en que se pretenda reproducir la opinión del autor en sí, se ha de hablar, en cambio, p. ej., de la teoría de Platón o bien de Kant o de Feuerbach.

CAPÍTULO I

HISTORIA DEL DERECHO

1. PRESENTACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PENA DE FEUERBACH

1.1. La teoría en general

a) El objeto de esta investigación es el pensamiento de Feuerbach acerca de la *pena*. Otros aspectos de naturaleza jurídico-filosófica (como su teoría de la capacidad jurídica de la razón práctica¹ o su teoría del contrato social²), por tanto, quedan de modo consciente relegados a un segundo plano, renunciándose también básicamente a realizar una ordenación del pensamiento de Feuerbach en el contexto histórico-intelectual³.

Sin embargo, incluso en esta «sección de historia del Derecho» queda *limitado nuestro objetivo histórico-jurídico*: sólo las cuestiones que son relevantes para la correcta valoración de la teoría de la pena de Feuerbach deben ser materia de nuestra atención. Por ello, luego de describir la teoría y sus consecuencias más importantes, nos dedicaremos sólo a dos cuestiones histórico-jurídicas, esto es, a la relación entre los pensamientos de Feuerbach y Kant y luego a la psicología presupuesta por Feuerbach. Estas cuestiones son ambas de interés histórico-jurídico; pero aquí son tratadas por el hecho

¹ FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts*, pp. 238 ss., 244; a este respecto, sobre todo, CATTANEO, *Feuerbach*, pp. 64 ss.; GALLAS, *Feuerbach*, pp. 18 ss.; además, FLEISCHMANN, *Feuerbach als Philosoph*, pp. 67 ss.; WOLF, *Feuerbach*, pp. 549 ss.; KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, pp. 59 ss.; KANT, pp. 184 ss.; BLOCH, *Naturrecht*, pp. 107 ss. Pero dado que la pregunta por la relación entre Derecho y moral repercute de manera central en la teoría de la pena, se torna ineludible abordarla luego con profundidad (cfr. *infra*, cap. II, 2, pp. 92 ss.). No obstante, también allí pueden ser dejadas de lado las afirmaciones relativas a la formación de la razón del hombre formuladas para fundamentar esa interpretación.

² Sobre ello, en especial, FLEISCHMANN, *Feuerbach als Philosoph*, pp. 57 ss.

³ Cfr. sobre ello, en especial, E. WOLF, *Feuerbach*, pp. 543 ss. (con demasiados tópicos imprecisos); GRÜNHUT, *Feuerbach*, pp. 1 ss.; yo escribo «básicamente», porque una limitada contextualización puede sin embargo ser de ayuda para aclarar la psicología de FEUERBACH, véase *infra*, epígrafe 2, pp. 71 ss. Las razones para la delimitación que se hace a este respecto fueron expuestas ya *supra*, Introducción, pp. 25 ss.

de que a través de su respuesta se ha de ganar algo para una precisa evaluación de la teoría.

b) aa) Durante la juventud de Feuerbach dominó la filosofía de Kant en toda Alemania. Sobre este tiempo escribió con posterioridad Goethe «que ningún sabio, impunemente, habría rechazado, se habría opuesto o habría menospreciado ese gran movimiento filosófico que comenzó con Kant»⁴. El criticismo de Kant hizo retroceder en gran medida la filosofía de Leibniz y Wolff y se acercó cada vez más a la escuela filosófica de Wolff⁵. En una carta de 1799, dirigida a su padre, Feuerbach se identifica como alguien «que se ha nutrido del espíritu kantiano»⁶. Por eso no sorprende cuando él, en forma semejante a Kant, atribuye al Estado la *finalidad* de asegurar las condiciones externas de la libertad^{7, 8}. La finalidad del Estado sería «la libertad recíproca de todos los ciudadanos, o bien, con otras palabras, la situación en la cual cada uno pueda ejercer plenamente sus derechos y estar seguro frente a ofensas»⁹, el «establecimiento del estado jurídico, es decir, de la existencia conjunta de los hombres según la ley del derecho»¹⁰. O muy brevemente: El Estado sería «una sociedad para la protección de los derechos»¹¹.

bb) Como es habitual en la teoría del Derecho natural, al menos desde Hobbes, Locke y Rousseau¹², también en Feuerbach el *estado de naturaleza*

⁴ GOETHE, *Winckelmann*, p. 30.

⁵ Cfr. p. ej., HIRSCHBERGER, *Philosophie II*, pp. 267 s.; acerca de la recepción de la ideas de KANT en la Ilustración tardía, cfr. los artículos recogidos en HINSKE (comp.), *Kant, passim*; HENRICH, *Grundlegung aus dem Ich*, tt. I y II, *passim*; acerca de la situación intelectual de la Ilustración alemana previa a KANT, VALJAVEC, *Aufklärung*, pp. 137 ss.; KONDYLIS, *Aufklärung*, pp. 537 ss.; abarcador, WUNDT, *Deutsche Schulphilosophie*, pp. 19 ss.

⁶ Citado conforme a DÖRING, *Feuerbachs Strafrechte*, p. 3.

⁷ Cfr. KANT, *Metaphysik der Sitten*, A 33/B 33, donde se formula la famosa definición del concepto de Derecho como «conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley general de la libertad»; la finalidad del Estado resulta de la unión de este pasaje con A 164/B 194, donde lo define como «la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas». Acerca del concepto del Estado en KANT, DÜNNHAUPT, *Sittlichkeit*, pp. 64 ss.; UNRUTH, *Die Herrschaft der Vernunft*, pp. 85 ss.; NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie*, pp. 28 ss.; HERB/LUDWIG, *Jahrbuch Recht und Ethik*, 2 (1994), pp. 431 ss.

⁸ Acerca de la teoría del Estado de FEUERBACH, cfr. p. ej., FLEISCHMANN, *Feuerbach als Philosoph*, pp. 57 ss.; DÖRING, *Feuerbachs Strafrechte*, pp. 20 ss.; HARTMANN, *Feuerbach*, pp. 29 ss.; EB. SCHMIDT, *Geschichte*, § 225; SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, p. 103; MÜLLER, *Generalprävention*, pp. 67 ss.

⁹ FEUERBACH, *Revision*, I, pp. 39.

¹⁰ FEUERBACH, *Lehrbuch*¹⁴, § 8; en sentido similar, *Beweisgründe*, p. 45; *Anti-Hobbes*, p. 35; *Revision*, I, p. 26.

¹¹ FEUERBACH, *Revision*, I, p. 31.

¹² HOBBS, *Leviathan*, Chap. XVII (p. 120); ROUSSEAU, *Du contrat social*, p. 57 (Chap. VI); LOCKE, *Second Treatise*, § 95 ss.; BECCARIA, *Delitti*, § 1; LARDIZÁBAL, *Discurso*, cap. I, p. 5, a pesar de la conexión con ideas teológicas (pp. 7 ss.); en contra de esta afirmación, empero, HUME, *Treatise*, pp. 492 ss. (Book III, Part II, Section II); BENTHAM, *Traité de Legislation*, I, pp. 116 ss. Acerca de la teoría del contrato social en la época de la Ilustración, cfr. además HAZARD, *Pensée européenne*, t. I, pp. 236 ss.; CASSIRER, *Philosophie der Aufklärung*, pp. 339 ss.; *Vom Mythos des Staates*, pp. 213 ss.;

se encuentra al comienzo de su teoría del Estado¹³. Sin embargo, sus ideas se conectan directamente a Kant, en la medida en que consideran el establecimiento del estado jurídico no como mera exigencia de la prudencia, con el objetivo de maximizar beneficios y evitar daños, sino como deber moral categórico¹⁴. En el estado de naturaleza no existirían límites contra la arbitrariedad de cualquier individuo¹⁵. Pero si los individuos no estuvieran libres de la coacción arbitraria exterior, les resultaría imposible ocuparse de su propio mejoramiento moral: quien es coaccionado está oprimido, y la libertad sería la condición de la moral. Por ello estarían los hombres obligados a abandonar el estado de naturaleza a través de un *contrato*¹⁶ y a establecer el

desde la perspectiva del Derecho penal, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 19 s.; con diferenciaciones, SEELMANN, *Vertragsmetaphern*, pp. 443 ss.

¹³ Ambas figuras, el estado de naturaleza y el contrato social que sigue a él, aparecen casi como afirmaciones básicas generales presupuestas como sobreentendidas en las teorías jurídico-penales de entonces: el estado de naturaleza se encuentra en WIELAND, *Geist*, I, § 294; GLOBIG/HUSTER, *Abhandlung*, p. 37 (quien habla de «un principio tan imprescindible como fantástico del Derecho del Estado»); GROLMAN, *Begründung*, pp. 94 ss.; KLEINSCHROD, *Grundbegriffe*, I, p. 14; *Grundbegriffe*, II, p. 3; de contrato social hablan HOMMEL, *Anmerkungen*, p. 35 (quien si bien considera al contrato social como algo «sólo imaginado», se refiere a él como «de incomparable utilidad»); SODEN, *Geist*, 8, p. 15; KLEINSCHROD, *Grundbegriffe*, II, 22 ss.; GROLMAN, *Begründung*, p. 102; TITTMANN, *Versuch*, p. 49; ALMENDINGEN, *Imputation*, pp. 44 ss.; GROS, *Naturrecht*², § 308 ss. STÜBEL, *System I*, pp. 1 ss., es ecléctico y combina elementos de una comprensión del Estado propia de la teoría liberal del contrato, con el perfeccionismo absolutista-iluminista de Christian WOLFF, según el cual el Estado persigue el «perfeccionamiento de la raza humana» (p. 2). Hubo sin embargo planteos para perfeccionar la teoría del contrato social y atribuirla prácticamente a la antropología, como p. ej., en FILANGIERI, *Scienza*, pp. 11 s. (Libro I, Cap. I; a este respecto, también MOCCIA, *GA*, 1979, p. 208, quien pone de relieve la conexión con VICO). Tan pronto como las teorías romántico-organicistas se abrieron paso en la ciencia del derecho penal, fueron cada vez más cuestionados el estado de naturaleza y el contrato social, a más tardar en 1808, por v. BOTHMER, *Der Begriff der Strafe*, pp. 80 ss., y en p. 1811 por HENKE, *Strafrechtstheorien*, pp. 87 ss. y TAFINGER, *Criminalgesetzgebung*, pp. 181 s. —por tanto, no es recién a partir de HEGEL, como se suele pensar; así probablemente Helga MÜLLER, *Generalprävention*, pp. 138 ss.—. En el año 1830, todavía en el sentido de la teoría del contrato social, BAUER, *Warnungstheorie*, pp. 5 s., quien en una nota al pie se refiere críticamente a la teoría del organismo, p. 8. En 1843 HEPP, *Darstellung*, II/1², 25, pudo escribir sobre la teoría del contrato social: «Hubo un tiempo en Alemania, donde se le otorgó un gran valor»; ahora es «refutada entre nosotros desde hace tiempo». En detalle acerca de la superación del modelo contractualista a principios del siglo XIX, SEELMANN, *Kontraktualistische Straftheorien*, pp. 296 ss. (a pesar de algunas imprecisiones históricas, como en p. 294, donde se dice que la teoría de la prevención de GROLMAN está desprendida del contrato social).

¹⁴ KERSTING, *Einleitung*, p. 25, acentúa correctamente esta particularidad de la teoría de KANT del contrato social; además Matthias KAUFMANN, *Aufgeklärte Anarchie*, p. 46; RAMB, *Strafbegründung*, p. 115; SCHNÄDELBACH, *Kant*, p. 99.

¹⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 423, A 155 s., B 155 s., con relación al Derecho privado.

¹⁶ En el fondo, FEUERBACH, siguiendo a HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*², pp. 234 s. (a él lo sigue también GROS, *Naturrecht*², § 314), diferenció tres contratos distintos: el contrato civil (*pactum unionis civilis*), el cual da fundamento a la sociedad civil, la unión de todos para la protección de los derechos de cada uno (FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, p. 22); el contrato de sumisión (*pactum subjectionis*), a través del cual los ciudadanos colocan a un regente en la posición de poder (*Anti-Hobbes*, p. 28); y el contrato constitucional (*pactum ordinationis civilis*), a través del cual el pueblo y el regente deciden sobre la constitución de la sociedad (*Anti-Hobbes*, p. 34). Esta diferenciación se establece con el objetivo de una mejor comprensión del derecho de resistencia de los súbditos

estado jurídico¹⁷, un estado en el que el arbitrio de uno podría coexistir con el arbitrio del otro según una ley general de la libertad¹⁸. Sólo en este estado jurídico sería posible la vida en conjunto y el desarrollo moral de seres libres y racionales —aunque Derecho y moral sean separados, sigue siendo finalidad del Derecho posibilitar la moral—¹⁹. Expresado en palabras de Naucke: «El Estado es la condición *sine qua non* del Derecho y el Derecho la condición *sine qua non* de la moral; nosotros estamos obligados de modo incondicional a actuar moralmente, entonces, nosotros estamos también obligados de modo incondicional a establecer los presupuestos para ello, es decir, el Estado»²⁰.

c) Hasta este punto, Feuerbach sigue siendo bastante fiel a Kant —excluyendo algunas diferencias terminológicas—²¹. Pero tan pronto como avanza hacia la filosofía del Derecho penal, el joven jurista abandona la sombra del «sabio de Königsberg», para abrirse su propio camino²². Su teoría de la pena se hizo famosa bajo el nombre de «teoría de la coacción psicológica»²³.

contra un regente tirano y se utiliza con posterioridad también para la determinación de la alta traición (*Hochverrath*, pp. 24 ss., 43 ss.), de modo que ella puede ser pasada por alto en el marco de este trabajo. A este respecto, conciso, BLAU, *Feuerbach*, pp. 33 ss.

¹⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten*, AB 156 ss., A 163/B 193; FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, pp. 16 ss.

¹⁸ Cfr. KANT, *supra*, nota 7 de este mismo capítulo; la fundamentación de las restricciones a la libertad se encuentra en FEUERBACH, *Beweisgründe*, pp. 88 ss.

¹⁹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 431, A 164/B 194; FEUERBACH, *Beweisgründe*, pp. 57, 88, 95, 113; *Kritik des natürlichen Rechts*, pp. 258, 276, 283; *Anti-Hobbes*, p. 14; sobre ello, también CATTANEO, *Feuerbach*, p. 16. Crítico sobre esta interpretación de KANT, KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, pp. 47 ss.; concordante con él, HÖFFE, *Kategorische Rechtsprinzipien*, pp. 85 ss. Si bien KERSTING refuta con interesantes argumentos la fundamentación del Derecho que aquí también se ha aceptado y que él llama «teleológico-moral», según la cual el Derecho sería para KANT un medio para posibilitar la moral, esta cuestión es para nosotros, antes bien, de una importancia marginal, de modo que sigo sin grandes esfuerzos de fundamentación la opinión dominante, que aparece también como correcta.

²⁰ NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie*, p. 29, nota 130.

²¹ Un análisis detallado y prácticamente impecable se encuentra en NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie*, pp. 64 ss. Sólo se podrían objetar dos cosas: en primer lugar, la afirmación de NAUCKE de que FEUERBACH utilizaría los conceptos de libertad y de arbitrio siempre con el mismo significado. En segundo lugar, su análisis del concepto de Estado en KANT y FEUERBACH (pp. 73 s.), en mi opinión, acentúa demasiado las diferencias.

²² De KANT dijo FEUERBACH: «Nadie puede venerar al sabio de Königsberg más fervientemente que yo, ni reconocer con más profunda gratitud los méritos que este gran pensador ha adquirido para la filosofía y la humanidad, para el mundo y la posteridad. Pero, aunque es tan grande también mi aprecio por este filósofo, esto de ninguna manera puede influir tanto sobre mí como para ver sólo a través de sus ojos, para moverme temeroso de aquí para allá con las muletas de una razón ajena y para hacerme renunciar a toda independencia por el juramento a las palabras del maestro» (FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts*, XXV ss.). Sobre los argumentos basados en la autoridad él escribió que «una verdad que es aceptada por autoridad, es casi tan terrible como el mismo error» (FEUERBACH, *Revision*, I, p. 5; cfr. también, *Strafe als Sicherungsmittel*, pp. 2 ss.).

Si él también abandonó la filosofía kantiana, es una cuestión de la que enseguida nos ocuparemos en detalle (*infra* 2).

²³ Acerca de la teoría de la pena de FEUERBACH, cfr. todavía HEPP, *Kritische Darstellung*, pp. 82 ss.; FLEISCHMANN, *Feuerbach als Philosoph*, pp. 72 ss.; DÖRING, *Feuerbachs Straftheorie*,