

EL OBJETO DE LA CONCIENCIA DE LA ILICITUD*

JOACHIM RENZIKOWSKI**

SUMARIO:

I. Introducción. II. Normas de conducta y normas de sanción. III. La garantía de la libertad exterior mediante coacción jurídica en el estado de derecho. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En virtud de los diversos problemas que se plantean respecto al Art. 17 del Código penal alemán incluyendo la cuestión sobre la conciencia de la ilicitud. Hay consenso en el sentido de que la mera contrariedad del comportamiento a las buenas costumbres no es suficiente⁽¹⁾. Las normas jurídicas y las normas de la moral incluso pueden entrecruzarse en determinado ámbito y el conocimiento de la infracción a las buenas costumbres podrá permitir una concientización de la valoración jurídica.

Sin embargo, es el legislador -y no la conciencia- quien decide lo que es *jurídicamente* vinculante. Por este motivo, la conciencia de la ilicitud no se agota en el conocimiento de los daños sociales por el comportamiento⁽²⁾. No obstante, el derecho (penal) sólo puede prohibir el comportamiento socialmente dañino, aunque no

* Traducción por Luis Alberto Jimenez Bernal, Magister en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona y doctorando por la Universidad Halle – Alemania. Artículo publicado en *Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, p 185 – 195.

** Universidad Martin-Luther, Halle-Wittenberg (Alemania)

(1) S. BGHSt 2, 194,202; BGH, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1969, 61; JOECKS, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 1,2 Aufl., München, 2011,§ 17, Rn. 10; NEUMANN, in: *Nomos Kommentar zum StGB*, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, § 17, Rn. 13; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., München, 2006, § 21, Rn. 12.

(2) Sin embargo, Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz 1949, p. 142 ss.; *idem*, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg 1976, p. 130 ss.; SCHMIDHÄUSER, „Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins“, in: *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin 1966, p. 317- 329.

se prohíben todos los comportamientos socialmente dañinos. Aquí, el legislador solo hace la elección vinculante, de lo que está prohibido y de lo que está permitido⁽³⁾.

En sentido diverso se encuentra el entendimiento según el cual debe exigirse el conocimiento de la punibilidad o, al menos, la conciencia de que el comportamiento en cuestión sea sancionado por el derecho⁽⁴⁾. Con referencia a la redacción del texto de la ley - artículo 17 StGB se refiere a la “intención de realizar un ilícito” - la doctrina dominante refiere la conciencia de la ilicitud al sistema de valores materiales del Derecho, o sea, a la violación de una norma jurídica. No se trata de un conocimiento exacto de la norma, en su clasificación como derecho civil, penal o de derecho público, ni siquiera de su correcta subsunción, en tanto que el agente tenga presente la valoración de estar en cuestión algo jurídicamente prohibido⁽⁵⁾.

Al mismo tiempo y residiendo allí la contradicción que la conciencia de la ilicitud deberá ser divisible en la medida en que la percepción de la violación de la norma A no significa la conciencia de la ilicitud con vistas a la ofensa a la norma B⁽⁶⁾. Cuando se lee en el BGHSt 10, 35, 39, que: “Ni la conciencia general de hacer algo ilícito, ni la conciencia de la ilicitud referida a un otro tipo penal pueden fundamentar el concreto juicio de culpabilidad del autor por la violación del tipo penal del delito lesionado”, entonces no queda mucho de la opinión de la doctrina dominante⁽⁷⁾.

A continuación, se tratará un poco de la interpretación del Art, 17 StGB, el cual es sólo una norma contingente, sino más bien de los fundamentos, en particular desde una perspectiva teórica-normativa, complementada a través del retorno a una teoría jurídica kantiana.

II. NORMAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE SANCIÓN

La distinción entre las normas de conductas primarias (por ejemplo: no debes matar) y las normas de sanción secundaria (por ejemplo, § 212 (1) del Código Penal

(3) JOECKS (nota 1), § 17, Rn. 11; NEUMANN (nota 1), § 17, Rn. 15.

(4) JOECKS (nota 1), § 17, Rn. 16; NEUMANN (nota 1), § 17, Rn. 21; SCHROEDER in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 11. Aufl., Berlin 2003, § 17, Rn. 7; LAUBENTHAL/BAIER, „Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2000, p. 205 – 207.

(5) BGHSt 2, 194, 196 s., 202; 10, 35, 41; 45, 97, 101 s.; FISCHER, *StGB*, 62. Aufl., München, 2015, § 17 Rn. 3; ROXIN (nota 1), § 21, Rn. 12 f.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 29. Aufl., München, 2014, § 17 Rn. 5; VOGEL, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 12. Aufl., Berlin, 2007, § 17 Rn. 19.

(6) ROXIN (nota 1), § 21, Rn. 16; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER (nota 5), § 17, Rn. 8.

(7) Así también GAEDE in: Matt/Renzikowski, *StGB*, München 2013, § 17, Rn. 9: inconsecuente.

“El que mata a otro, (...) será (...) castigado con pena de prisión no inferior a cinco años”) es generalmente reconducido a BINDING, siendo, sin embargo, anteriormente ya trabajada por BENTHAM⁽⁸⁾. BINDING fundamenta esta distinción de la siguiente manera: es impreciso designar al crimen como violación de un tipo penal, ya que el autor hace exactamente lo que la ley penal prevé en el tipo penal⁽⁹⁾. El juicio de antijuricidad supondría, lógicamente, la aceptación de normas jurídicas, las cuales se encuentran antes de la ley penal y son fundamentalmente diferentes a ellas. De BINDING, se deduce: quien pretende comprender la esencia del delito, tendrá que ocuparse, desde luego, con las normas de conductas y su violación⁽¹⁰⁾, de manera similar, BENTHAM considera la norma de conducta y la norma de sanción como “*two distinct laws, and not parts of one and the same law*”⁽¹¹⁾, a pesar de que ambas normas se combinan en un precepto legal⁽¹²⁾. Una norma de sanción -que BENTHAM designa un “*subsidiary law*” - no puede comprenderse, ni siquiera existir sin una norma de conducta (“*principal law*”), a la que se refiera: “*the idea of such a law being included in their very essence*”⁽¹³⁾.

BENTHAM y BINDING fundamentan la distinción entre las normas de conductas y las normas de sanción con diferentes destinatarios: las normas de conductas se dirigen al ciudadano, indicando cuáles son las conductas que debe realizar y de cuáles debe abstenerse. Distintamente, para BENTHAM la norma de sanción

- (8) Profundamente RENZIKOWSKI, „Die Unterscheidung zwischen primären „Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie“, En: *Festschrift für Karl-Heinz Gössel*, Heidelberg, 2002, p. 3, 7 ss.
- (9) Exactamente por eso es para KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, p. 116 s. „De las Unrecht (Delikt) nicht Negation, sondern Bedingung des Rechts“. En consecuencia, el delincente no viola el derecho, sino el lo cumple.
- (10) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung, Erster Band: Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1872, p. 4, nota 2; Cfr. El mismo autor, *Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, Leipzig, 1885, p. 155, 162 ss.
- (11) BENTHAM, *Of Laws in General*, ed. por H.L.A. Hart, London 1970, p. 139 (XI.12.) en oposición a THOMAS HOBBS, *De Cive*, 1646, Cap. XIV, 6 e 7, in: *Malmesburiensis Opera quae latine scripsit omnia, in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth*, Vol. II, London 1839, que ve la imposición de comportamiento y la amenaza de sanción no como dos tipos diferentes de leyes (“*duae legum species*”), sino como dos partes de una misma ley („*ejusdem legis duae partes*“).
- (12) BENTHAM (nota 11), p. 143 s. (XI.18.).
- (13) BENTHAM (nota 11), p. 142 (XI.16.). A diferencia de BINDING, BENTHAM no restringe la concepción dualista de las normas al derecho penal. “*Subsidiary laws*” son para él todos los remedios legales, es decir, leyes que prescriben consecuencias jurídicas para la violación de normas de comportamiento. Estas consecuencias jurídicas no son únicamente la pena, sino también la indemnización (véase el artículo 1004 BGB), idem, p. 149 ss. (XII.).

y el respectivo “command to punish” se dirigen al juez⁽¹⁴⁾, mientras que BINDING que el destinatario es el Estado⁽¹⁵⁾. A los diferentes destinatarios corresponde un diverso fin regulatorio: las normas de conducta se refieren a deberes de obediencia de los destinatarios en relación con el Estado, mientras que las normas de sanción fundamentan el derecho estatal a la pena – frecuentemente caracterizado como derecho penal estatal⁽¹⁶⁾. Para BENTHAM, como también para BINDING, el punto decisivo para el reconocimiento de la norma de conducta primaria reside en la esencia de la pena como consecuencia del injusto.

La teoría de las normas dualista es criticada por no poder distinguir las normas de conductas preestablecidas a la ley penal de las normas morales o de derecho natural⁽¹⁷⁾. En todo caso, no se aplica este reproche a BENTHAM, porque según su opinión la norma de conducta primaria prohíbe no solamente determinadas conductas, sino que también amenaza con una pena por su infracción⁽¹⁸⁾. Para BENTHAM es justamente este aspecto muy importante. La ley sería considerada por sí sola, es decir, sin amenaza de sanción, como carente de sentido. “As an expression of will, it is impotent”⁽¹⁹⁾. Por eso, la ley contiene además de la norma de conducta, dirigida “more particularly to your understanding” una parte diferente a ella, “serving to make Known to you what motive the legislator has furnished you for complying with that inclination” dirigido “to your will”⁽²⁰⁾.

Por lo contrario, BINDING considera la conexión de la norma de conducta y la amenaza de pena como un anexo superfluo, porque el destinatario de la norma no puede cumplirla ni puede lesionarla. La vinculación de una norma derivaría de sí misma (“Tú debes”) Y debería ser distinguida de su eficacia⁽²¹⁾. A esta crítica, sin embargo, erra en el punto decisivo. Si una ley es eficaz, es una cuestión empírica que se dirige a saber cuántos destinatarios han violado la norma y han sido castigados. Con BENTHAM se trata esto de manera diferente, o sea de la explicación de la manera de reacción del derecho. El derecho reacciona a los conflictos. Allí, donde todos se comportan de forma correcta por motivos morales, las normas jurídicas se vuelven

(14) BENTHAM (nota 11), p. 140 (XI.15).

(15) BINDING, *Normen I* (nota 10), p. 6 ss., 13 ss.; *idem*, *Handbuch* (nota 12), p. 189 ss.

(16) BINDING, *Handbuch* (nota 12), p. 162 s.

(17) SCHMID, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, Berlin 2002, p. 62 s.

(18) BENTHAM (nota 12), p. 140 (XI.14.).

(19) BENTHAM (nota 12), p. 137 (XI.8. e 9.).

(20) BENTHAM (nota 12), p. 134, 144 (XI.4., 18. y 19.).

(21) BINDING, *Normen I* (nota 10), p. 26 ss.; *idem*, *Handbuch* (nota 10), p. 160 s

innecesarias. Las personas de buena voluntad no necesitan un derecho estatal⁽²²⁾. Las normas jurídicas desarrollan su aplicación sólo allí, donde las convicciones morales se han vuelto frágiles o donde la tentación de la violación de la norma amenaza con superponerse. Aquí el derecho busca, a través de la amenaza con una sanción, crear un contrapeso eficaz en la motivación del destinatario. En resumen: las normas jurídicas se cumplen como normas jurídicas para evitar consecuencias (*jurídicas*) no deseadas. En esta medida, podemos comprender a BENTHAM como un precursor de la doctrina de la coacción psicológica de FEUERBACH.

III. LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD EXTERIOR MEDIANTE COACCIÓN JURÍDICA EN EL ESTADO DE DERECHO

(1) Según KANT, la tarea del Estado de Derecho consiste en garantizar la libertad de los ciudadanos “del arbitrio necesario de otro”⁽²³⁾ a través del Derecho.

“El derecho es el concepto propio de las condiciones bajo las cuales el albedrío de uno puede ser armonizado con el albedrío de otro de acuerdo con una ley universal de la libertad”⁽²⁴⁾

“El estado de derecho” - es decir, la sociedad civil de un estado de derecho –es aquella relación de personas entrelazadas entre sí, la cual contiene las condiciones, bajo las cuales cada uno puede participar de su derecho”⁽²⁵⁾. En el sentido de la clásica teoría del contrato social, en KANT cada individuo está obligado por medio de la razón a pasar del estado natural, es decir, un estado sin orden jurídico, al estado de derecho, es decir, el Estado, por no estar seguro el individuo de otra manera⁽²⁶⁾. Porque uno no se puede confiar que otro respetará su esfera de libertad sólo por buenas intenciones.

El Estado garantiza la libertad de los ciudadanos a través del Derecho, y de una forma específica, desde luego, el Derecho respeta mi libertad y la tuya. Una mala intención como tal es una violación de una ley moral, pero la libertad personal de

(22) SAN AGUSTÍN, *De libero arbitrio*, I.15, 31.

(23) KANT, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Kants gesammelte Schriften*. Hrsg. von der Königlich-Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 6, Berlin 1907, p. 203, 237

(24) KANT (nota 23), p. 230.

(25) KANT (nota 23), p. 305 s.

(26) Vgl. KANT (nota 23), p. 307: „Aus dem Privatrecht im natürlichen Zustande [Es decir, el derecho algo diferente de Mi] geht nun das Postulat des öffentlichen Rechts hervor: du sollst im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins mit allen anderen, aus jenem heraus in einen rechtlichen Zustand, d.i. den einer austeilenden Gerechtigkeit übergehen“.

otra persona no se ve afectada por esa intención. Esta es la razón por la que no hay motivos para prohibir acciones internas. Los acontecimientos mentales también se dejan analizar, aunque no permitan la verificación de su existencia ⁽²⁷⁾ De ahí que:

“Los deberes según las leyes jurídicas pueden ser sólo deberes exteriorizados, porque la legislación no exige que la idea de este deber – el cual es interno – sea por sí mismo motivo de determinación del albedrío del autor, porque ella necesita de una motivación adecuada ante la ley, Sólo motivos exteriorizados pueden ser vinculados a la ley”⁽²⁸⁾.

Porque los motivos de los destinatarios de la norma no pertenecen al objeto del derecho, la coacción permanece como único medio de influencia del comportamiento:

“Un derecho estricto sólo puede ser aquel exclusivamente externo. Este se funda, si bien es cierto, en la conciencia de vinculación de cada uno hacia la ley; pero para determinar el albedrío, no puede y ni debe basarse en la conciencia como motivo, sino basarse, por lo tanto, en el principio de la posibilidad de una coacción externa, la cual pueda existir conjuntamente con la libertad de cada uno según las leyes generales”⁽²⁹⁾.

Si bien es cierto, correspondería a la razón, si cada uno se decidiera por el cumplimiento de los deberes morales, además el ser humano tiene justamente la posibilidad de hacerlo, pues a diferencia del albedrío animal “que es determinado por la inclinación (impulso sensible, estímulo); no obstante, el albedrío humano también es influenciado a través de ello, pero justamente no es determinante, tan solo este lo es en acciones desde la mera voluntad”⁽³⁰⁾.

“La libertad del albedrío es aquella independencia de su determinación hacia impulsos primitivos... [Como también] la capacidad de la razón pura, de ser práctica por sí misma”⁽³¹⁾.

(27) Cfr. KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (2. Aufl. 1787), in: *Kants gesammelte Schriften*, Band 3, Berlin 1911, B 373 nota: „Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unseres eigenen Verhaltens, gänzlich verborgen. Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden.“

(28) KANT (nota 23), p. 219.

(29) KANT (nota 23), p. 232.

(30) KANT (nota 23), p. 213.

(31) KANT (nota 23), p. 213 s.

Sólo por esta razón es que el discurso de las normas y deberes es lógicamente posible, dado que el libre albedrío también puede determinarse de acuerdo con las leyes morales⁽³²⁾. Cuando alguien no se determina de acuerdo con leyes morales, antes sigue sus instintos - KANT denomina este fundamento de determinación del albedrío de “patológico”⁽³³⁾ -, no queda alternativa sino amenazarlo con una desventaja, “pues una legislación necesaria no debe constituir un engaño que sea atractivo”⁽³⁴⁾.

(2) Fue con base en estas premisas de la teoría del derecho kantiana que FEUERBACH desarrolló su doctrina de la coacción psicológica⁽³⁵⁾. En este contexto, los pasajes más relevantes de su manual merecen ser reproducidos aquí.

“§.8. La armonización de la voluntad y de las fuerzas de cada uno garantiza la libertad de todos, lo cual es fundamento de la sociedad civil. Una sociedad civil organizada a través de la sujeción a la voluntad social a través de la Constitución, es un Estado. Su finalidad es la constitución del estado jurídico, es decir, la existencia común de las personas de acuerdo con las leyes del derecho. - § 9. Las lesiones jurídicas de cualquier tipo contradicen el fin del Estado (§ 8)... El Estado está legitimado e instado a encontrar medidas a través de las cuales las lesiones jurídicas sean imposibles. - § 10. Las medidas exigidas por el Estado tienen necesariamente que ser medidas coactivas. A ella pertenece la coacción física del Estado, la cual suprime en doble modo las lesiones jurídicas, I. adelantándose, impidiendo ella una ofensa aun no acabada II. Después de la ofensa. § 11. La coacción física no es suficiente para evitar todas las lesiones jurídicas... porque [la misma]... depende del reconocimiento circunstancial de la lesión inminente,... - § 12. Se debe evitar por completo las lesiones jurídicas, paralelamente a la coacción física habrá que existir otra, la cual precede a la consumación de la lesión, partiendo del estado, el cual le da eficacia en cada caso, sin que para ello se presuponga el conocimiento de una lesión inminente. Tal coacción sólo puede ser la psicológica”⁽³⁶⁾.

Este extracto se explica por sí mismo. Ya que la defensa policial ante peligros o la legítima defensa no siempre es posible, e, incluso, porque el castigo del actor se produce después del hecho, es decir, demasiado tarde, por lo que el orden jurídico

(32) KANT (nota 23), p. 214.

(33) KANT (nota 23), p. 219.

(34) *Ibid*

(35) Profundamente trabajada en FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Erster Theil, Erfurt 1799, p. 43 ss.

(36) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., hrsg. v. Mittermaier, Gießen 1847, p. 36 ss.

debe intentar evitar el quiebre del derecho de otro modo. Por consiguiente, las leyes penales amenazan con penas⁽³⁷⁾. Esclarece FEUERBACH:

§ 13. Todas las ofensas tienen su razón psicológica en los sentidos, en qué medida la capacidad del deseo (Begehrungsvermögen) de la persona es impulsada por el placer o del acto de cometer el mismo. Este impulso sensorial puede ser evitado a través del conocimiento de cada uno de que su hecho tendrá necesariamente como consecuencia un mal que es mayor que el desagradable, que proviene del impulso insatisfecho al hecho § 14. Pues bien, para que pueda fundarse la convicción general de la necesaria evitación de tales males por las ofensas, entonces una ley tiene que determinarlos como consecuencia necesaria del hecho (amenaza legal). Y para que la realidad de cada uno de los contextos ideales legalmente definidos pueda fundarse en la percepción de todos, II. Cada contexto original tiene que ocurrir en la realidad, por lo que, tan pronto como haya existido ofensa, el mal con la misma relacionada en la ley tiene que ser aplicado (ejecución). La eficacia conjunta del poder legislativo y ejecutivo con vistas a la intimidación constituye la coacción psicológica⁽³⁸⁾.

FEUERBACH no es ingenuo al punto de contentarse con la prevención por amenaza, antes sabe que: Una ley que no se aplica no se toma en serio. A la ley penal pertenece, por eso, inseparablemente el principio de legalidad. En esa medida, a través del crimen no sólo se pone en peligro a una persona, sino a toda la comunidad⁽³⁹⁾, porque el ladrón hace inseguro el patrimonio del otro⁽⁴⁰⁾. En cierta medida, el autor prueba en cierto modo la ley penal. Cuando el Estado no reacciona, como lo ha manifestado previamente la ley penal, pone en juego el estado derecho y, consecuentemente, los derechos de los ciudadanos.

(37) Es de señalar que la discusión jurídico-penal sobre los fines de las penas se realiza de forma invertida, en la medida en que primero plantea la cuestión, si y cuando es posible castigar, para de ahí retirar la legitimación de la amenaza de sanción - cuya sub especie de protección de los bienes jurídicos llegan siempre demasiado tarde. A este propósito ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, Tübingen 2002, p. 326 ss.

(38) FEUERBACH, Lehrbuch (nota 36), p. 38. Quien siga leyendo (en particular los artículos 16 a 18), llega fácilmente a la conclusión de que FEUERBACH no es un defensor de una teoría relativa que debe oponerse a la teoría absoluta de KANT, como en ROXIN (nota 1) , § 3, apartado m. 3 y 22. En efecto, su concepto de castigo se distingue sólo con los matices del kantiano, problemática que no se desarrollará aquí. A este propósito, RENZIKOWSKI, „Strafe und Strafrecht bei Kant“, en: Günther / von Hirsch / Neumann (Hrsg.), *Retributive Elemental in der Strafrechtstheorie: Die Rolle der Begriffe Vergeltung und Tadel*, 2016.

(39) KANT (nota 23), p. 331.

(40) KANT (nota 23), p. 333 - en la medida en que se dispensa a sí mismo del derecho (Véase la nota anota A del artículo 49 en la página 321).

La coacción psicológica sólo puede ser alcanzada por una ley que sea conocida por sus destinatarios. En ello se basa FEUERBACH no solamente en el principio “nulla poena sine lege”⁽⁴¹⁾, sino también la imputación presupone el conocimiento de la punibilidad:

“§ 85. Para la cuestión de la imputación se exige,... II. Que la determinación de la voluntad (negativa o positiva) que sea causa del crimen también contradiga internamente, es decir, en el ánimo del actor del delito, la ley penal, en la medida en que el mismo a) conozca el crimen y su punibilidad civil...”⁽⁴²⁾

El conocimiento de la punibilidad es “la representación de la ley y la valoración de la acción según la ley y según sus consecuencias”⁽⁴³⁾.

(3) Esta argumentación mereció mucha crítica. A continuación, se analizarán más de cerca tres de esas críticas. Los contemporáneos de FEUERBACH apuntaban que su doctrina de la intimidación “no tenía en cuenta la justicia material de la amenaza penal (sanción)”, sino, más bien, cada medio, el cual sirva para alcanzar el fin de la intimidación, es considerada como justificada⁽⁴⁴⁾. Así pues, se sabe que la intimidación no es ninguna medida. El apercibimiento no es injustificado en vista a la tendencia difundida y nada fantasiosa de la política criminal hacia una pena severa, pero al final no defendida. En un Estado de Derecho, del cual también parte FEUERBACH, la intimidación no vale por sí misma, sino que ella puede ser representada solamente como una intimidación ordenada jurídicamente.

“El que ofende y es censurado todavía tiene derechos, al menos el derecho de sólo ser coaccionado por leyes justas.”⁽⁴⁵⁾

Nada tiene que hacer el derecho con establecer al otro como un mero ejemplo, por eso la pena debe mostrarse como reacción al delito. Esto vale tanto respecto al

(41) FEUERBACH, *Lehrbuch* (nota 36), p. 41 (§ 20); críticamente, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, p. 253 ss.

(42) FEUERBACH, *Lehrbuch* (nota 36), p. 155 s.; idem, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Zweiter Theil*, Chemnitz 1800, p. 44: „Vorstellung von dem Gesetz von der Verbindlichkeit, die Handlung zu unterlassen und von der Strafe als Bestimmungsgrund der Unterlassung“.

(43) FEUERBACH, *Lehrbuch* (nota 36), p. 163 (§ 90).

(44) MITTERMAIER, en FEUERBACH, *Lehrbuch* (nota 36), p. 42 (§ 20a); vd. además BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig 1857, p. 11; KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen 1845, p. 141; más recientemente JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin/New York, 1991, 1/30; ROXIN (nota 1), § 3 Rn. 32.

(45) FEUERBACH, *Revision I*, (nota 35), p. 93.

autor como a la comunidad, de modo que hay que presuponer una cierta relación entre el crimen y el mal amenazado⁽⁴⁶⁾. Esta medida no resulta de la doctrina de la intimidación, sino que son necesarias otras reflexiones, no se afirma como crítica decisiva contra la teoría de FEUERBACH.

Más importante es la segunda crítica, que se refiere al fundamento de la doctrina de la coacción psicológica de FEUERBACH. FEUERBACH parte de una idea de un destinatario de la norma racional, que hace la ponderación entre el placer y el no placer. De acuerdo con esta premisa, FEUERBACH surge como un precursor del principio de la elección racional (rational choice), tal como se defiende en el análisis económico del derecho para la explicación del derecho penal⁽⁴⁷⁾. Pero en realidad, casi ningún delincuente actúa deliberadamente⁽⁴⁸⁾. Como ejemplos podemos dar: los delincuentes que se decide espontáneamente a realizar el hecho delictivo o los delincuentes que realizan el hecho delictivo en un estado de afecto. Situaciones en las que el propio FEUERBACH no parte de su premisa. “La minoría de los delincuentes actúan de la ponderación previa de las ventajas y desventajas de la decisión por el crimen”⁽⁴⁹⁾. La persona racional no es la destinataria de la ley penal, porque él no quebranta la norma con una decisión racional. Dado que el egoísmo no es capaz de generalización a expensas de los demás, tampoco es el autor racional según la comprensión de KANT o FEUERBACH. Se corresponde a la idea diaria y general, que la mirada a las consecuencias negativas de una acción determinada puede influenciar de pasada al destinatario a omitir la conducta cuestionada. De ninguna ley se puede más que esperar que suministre otros motivos además de los motivos a accionar⁽⁵⁰⁾. Que este llamamiento a la inteligencia falla cuando alguien conscientemente decide actuar contra la ley, bajo apercibimiento de una sanción, no es un argumento contra FEUERBACH, sino más bien el destino de toda norma jurídica.

Por eso puede ser admitido que muy poco evita el temor a la pena como convicción ética de la población a cometer delitos. En esta medida, vale también aquí la conocida afirmación de BOCKENFÖRDE: “El Estado liberal y secular vive

(46) Cfr. ALTENHAIN (nota 37), p. 331; Greco (nota 41), p. 385 ss.

(47) Véase GARY S. BECKER, „Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76 (1968), p. 169 ss.

(48) Asimismo BERNER (nota 44), p. 11; JAKOBS (nota 44), 1/28; LÜDERSSEN, „Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems“, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main 1979, p. 54, 70: ingenuo; KUHLEN, „Anmerkungen zur positiven Generalprävention“, in: Schünemann/ von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, p. 55, 62; ROXIN (nota 1), § 3, Rn. 25. Críticamente a esta interpretación de Feuerbach en GRECO (nota 41), p. 95 ss.

(49) FEUERBACH, *Revision II* (nota 42), p. 319.

(50) Para un “concepto de intimidación funcional” en este sentido, GRECO (nota 41), p. 358 ss

de supuestos que el propio no puede garantizar⁽⁵¹⁾. Pero eso no va en contra de la concepción de FEUERBACH. Es justamente ahí donde reside el sentido liberal en KANT y FEUERBACH, es decir, que el Derecho prescinde de orientar a los ciudadanos moralmente a través del derecho penal⁽⁵²⁾. No se trata de lo que el ciudadano piensa, en tanto que él actúe de acuerdo con las reglas del Derecho. Por eso no depende de la actitud positiva del ciudadano con respecto a la ley, sino que el derecho debe permanecer exteriorizado.

“Estas convicciones civiles [es decir, el no tener inclinaciones ilícitas] no pueden ser dadas a través del poder y de la coacción, esta es solamente posible a través de Instituciones, a través de las cuales se educan al ciudadano hacia estas convicciones”.⁽⁵³⁾ El Estado de derecho no es, sin embargo, ninguna gran institución educadora, sino su tarea se limita a garantizar la vida en comunidad de sus ciudadanos en libertad de acuerdo con las leyes. La crítica de que FEUERBACH “hizo a la persona como objeto”, no es aplicable, más bien lo contrario es lo correcto.

A la doctrina dominante hay que criticar, con la misma censura, el concepto de culpa al autor por no haber hecho de la norma jurídica el motivo de su conducta. Esta doctrina sólo exige que las reglas –según las cuales debe medir el autor su conducta– sean reglas jurídicas y no meramente morales. Las diferentes consecuencias jurídicas no se tienen en cuenta. De esta forma, sin embargo, se mezclan dos categorías. La determinación de su comportamiento de acuerdo con el deber se refiere a la moralidad del comportamiento en cuestión⁽⁵⁴⁾, a pesar de tratarse de culpa jurídico-penal.

(51) BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1976, p. 60.

(52) Vd. EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen, 1965, p. 240.

(53) FEUERBACH, *Revision I* (nota 35), p. 41.

(54) KANT (nota 23), p. 219: La legislación, „welche eine Handlung zur Pflicht und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, ist ethisch. Diejenige aber, welche das letztere nicht im Gesetze mit einschließt, mithin auch eine andere Triebfeder als die Idee der Pflicht selbst zulässt, ist juridisch“. Coincide, FEUERBACH, *Revision I* (nota 35), p. 27: „Eine Rechtsverletzung wird nemlich bloß als Rechtsverletzung betrachtet, wenn bei ihr nur auf die äussere Handlung und auf den Widerspruch derselben mit dem (bloß auf äussere Handlungen sich beziehenden) Gesetze der Gerechtigkeit gesehen wird; sie wird als Immoralität betrachtet, wenn bei ihr nicht bloß auf das äussere der That, sondern auch auf die Gesinnung der Person, aus welcher sie entsprungen ist, ... gesehen wird.“

Además, se entra en una contradicción, dado que el principio de legalidad (también) deriva del principio de culpabilidad⁽⁵⁵⁾.

IV. CONCLUSIÓN

Es discutible el significado práctico de las anteriores consideraciones. En cualquier caso, el artículo 17 (2) StGB ofrece una atenuación de la pena para el error sobre la prohibición. Es justamente en el inmenso derecho penal secundario que con frecuencia se desconoce la amenaza con sanción. El problema decisivo está, sin embargo, en otro lugar, más concretamente, en el castigo retroactivo de graves violaciones de derechos humanos. *Mala in se* deben ser considerados delitos sancionables, la cual en contraste a los *delicta mere prohibita* sancionados penalmente a consecuencia de la positivización estatal representa siempre y en todo tiempo crímenes. No es suficiente, como se imaginó en la Edad Media, que la ley penal estatal sólo surja como legitimación de la intervención, a través de la cual amenaza el respectivo tribunal. Más bien, es necesaria una fundamentación racional que también pueda legitimar la amenaza de pena o incluso una cierta medida de la pena. De lo contrario podría imputarse al agente una culpa moral. Pero eso será otra cuestión⁽⁵⁶⁾.

(55) Cfr. ROXIN (nota 1), § 5, Rn. 24; Vd. También EGMR (Grosse Kammer) de 22. 3. 2001 - 34044/96, 35532/97 y 44801/98 (Streletz, Kessler y Krenz vs Deutschland), §§ 50, 77-89 = EuGRZ 2001, 210, 212, 214 s.; Contra una motivación de la prohibición de retroactividad con el principio de la culpa GRÜNWALD, "Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege", *ZStW* 76 (1964), p. , 1, 11 ss.; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen 1993, p. 257 s

(56) A este propósito RENZIKOWSKI, „Mala per se et delicta mere prohibita — rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK)“, in: *Festschrift für Volker Krey*, Stuttgart, 2010, p. 407 ss., Donde no se dio la importancia debida a esta última dificultad.