

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA: LUIS GRECO *LEGENDIGES UND TOTES IN FEUERBACHS STRAFTHEORIE. EIN BELTRAG ZUR GEGENWÄRTIGEN STRAFECHTLICHEN GRUNDLAGENDISKUSSION*

Jacobo López Barja de Quiroja

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Sin duda, lo primero que salta a la vista de este libro es su título, y no por lo que dice sino por recordar el conocido libro de Armin Kaufmann sobre la teoría de las normas de Binding (A. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, del cual Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés realizaron una magnífica traducción, publicada en Buenos Aires en 1977). En definitiva, ambos libros tratan de descubrir qué está vivo y qué está muerto de la teoría sostenida en un caso por Feuerbach y en el otro caso por Binding.

El presente libro recoge el trabajo que, como disertación para la defensa del título de doctor en la Universidad *Ludwig-Maximilians* de Munich, presentó Luis Greco bajo la dirección del doctor Claus Roxin. El objeto de estudio lo constituye el análisis de la teoría del delito de Feuerbach, comúnmente denominada como “teoría de la coacción psicológica”, intentando despejar qué queda subsistente y qué se encuentra obsoleto.

El autor considera que los trabajos existentes hasta la actualidad sobre la teoría penal de Feuerbach han sido prolíficos en la literatura científica, pero que, mayoritariamente, casi todos partían de la consideración de que la doctrina de Feuerbach constituía una aportación importante a la ciencia jurídico penal; sin embargo, por estar formulada conforme a los cánones de tiempos pasados, su valor e interés era más histórico que efectivo. El objeto del trabajo es analizar hasta qué punto esto es cierto o no y en qué medida siguen vigentes o no los razonamientos y las ideas del autor alemán.

Es cierto, apunta el autor, que Feuerbach, como todo pensador, era hijo y fruto de su época. Así que respondía al esquema intelectual del incipiente Estado de Derecho liberal y de su ulterior desarrollo y, por ello, pecaba de una cierta ingenuidad, en puntos como la sobrevaloración de la Razón y la infravaloración de los otros aspectos de la Realidad.

Abordar el trabajo de estudio de una teoría de la pena implica, por su propio fundamen-

to, determinar cuál es su finalidad y el autor piensa que la cuestión central de la teoría de la pena y sobre la que gira la filosofía jurídico penal y, consecuentemente, también la teoría penal es averiguar y determinar qué es lo que hace que los individuos tengan que obedecer la norma penal. O más en general, ¿por qué tenemos que hacer lo que es justo?

El autor sugiere dos principales respuestas. No las únicas, pero sí las principales —la primera, la que da Kant. Se debe hacer lo que es Justo porque es justo. La pregunta inicial para el positivismo kantiano es absurda. La segunda, que atribuye a una postura propia del pensamiento de Hobbes, es que la obediencia a la norma surge de la ventaja que reporta. Hay que hacer lo que es justo porque es ventajoso.

La idea guía de Feuerbach sobre la teoría de la pena es la de la intimidación (*Abschreckung*). Esta teoría ha estado en descrédito desde la posguerra hasta el punto de que algún autor (Bockelmann, 1961) la condenaba a la absoluta exclusión (“*Sobre la teoría de la intimidación no merece gastar una palabra. Su incorrección es evidente*”).

Como dijimos, el autor pretende estudiar qué queda de vivo y de muerto de la teoría y el pensamiento de Feuerbach en la moderna doctrina penal. Por ello, el autor estima que el trabajo tiene, ante todo, una proyección que incide principalmente en el campo de la filosofía jurídica penal.

El trabajo se divide en una parte histórica, que aborda en primer término la formulación de la teoría de la pena de Feuerbach en general. El autor estima que los cinco puntos principales en los que se puede resumir la teoría de Feuerbach son los siguientes: primero, la definición de pena como “un mal” que se impone a una persona por conductas antijurídicas cometidas por dicha persona y solamente en razón a éstas”; segundo, el fin de la amenaza penal es la prevención de los delitos mediante la coacción psicológica; tercero, la finalidad de la imposición de la pena es la validación de la realidad de la amenaza penal; cuarto, la fundamentación legal de la amenaza penal radica en

que no se lesiona mediante ella ningún derecho; y quinto, que el fundamento jurídico de la imposición de la pena radicaba en principio en la conformidad o el consentimiento del autor, delimitada por la existencia previa de la sanción penal prevista en la Ley.

El autor considera que la teoría de Feuerbach de la coacción psicológica se debe entender como una de las teorías concretas. Esta teoría general comprende una teoría del concepto de pena, que Feuerbach identifica como la imposición de un mal por vulneración de un precepto; una teoría de la finalidad de la amenaza penal (la intimidación general); una teoría de la finalidad de la imposición de la pena (la validación de la realidad de la amenaza); una teoría de la fundamentación de la amenaza penal (ningún derecho resulta afectado) y una teoría de la justificación de la imposición de la pena (ante todo la conformidad y el consentimiento del delincuente en su sanción). Feuerbach extrae de sus planteamientos teóricos de la pena importantes consecuencias: el principio de legalidad, su doctrina del comportamiento culpable o punible (lesión de un derecho), su teoría del delito y, dentro de éste, su concepto de dolo de imprudencia, su teoría y doctrina de la dosimetría penal y del sistema de sanción propugnado por él.

Las consecuencias que Greco extrae de la teoría de Feuerbach son las siguientes: el principio de legalidad; la consideración del delito como lesión jurídica (el Estado sólo puede sancionar lesiones jurídicas, y, solamente, en virtud de serlo); la teoría del delito o fundamentos de la penalidad absoluta, o determinación de las razones que llevan a otorgar a una determinada conducta el carácter de punible; la teoría de la dosimetría penal o de la penalidad relativa, (si la penalidad absoluta responde a qué conducta ha de sancionarse, la penalidad relativa contesta a la cuestión de en qué medida ha de pensarse) y, por último, la ejecución penal y las penas especiales.

Esta primera parte también comprende el estudio del factor psicológico en la teoría de la coacción psicológica de la pena. Unánimemente se acepta que la psicología de Feuerbach par-

tiría de un modelo de autor que calcula racionalmente, una versión que Greco intenta atacar en numerosos planos. Luis Greco opina que Feuerbach más bien se apoya en la teoría de la asociación antirracionalista.

El segundo capítulo trata de la parte de filosofía del derecho, que comienza con un estudio de la separación entre moral y derecho y que finaliza con el análisis del hombre como un fin en sí mismo, que parte de la consideración de que el ser humano no puede ser tratado exclusivamente como el objeto de las intenciones de un tercero.

En tercer término, aborda el estudio la parte de filosofía jurídico penal. En primer lugar, el autor trata de cuál es el objeto de la teoría penal que nace de la reflexión sobre la pena que, en principio, se configura como un mal, como un perjuicio y cuyas dos principales cuestiones son, en primer lugar, es si está justificada la imposición de una pena y, en segundo lugar, en qué condiciones. Greco parte de reservar, en este contexto, el término teoría de la pena, frecuentemente utilizada de forma indistinta con otros como “sentido de la pena”, “finalidad de la pena”, “cometido de la pena”, para designar, exclusivamente, aquella doctrina que determina el contenido de las condiciones de una pena legítima.

En el plano de la filosofía del derecho penal plantea dos cuestiones principales: una, la diferencia entre Derecho y Moral y la capacidad del hombre de ser un fin en sí mismo. El autor apunta a que Feuerbach defendía una estricta separación del derecho y la moral, a partir de la cual extraía muchas de sus posiciones en derecho penal, como por ejemplo su rechazo de la teoría de la retribución. El trabajo se afana en una posición diferenciadora según la cual los principios o premisas de la moral son relevantes cuando se trata de la valoración de la conducta estatal pero no respecto a la conducta del ciudadano. Estas premisas de la moral que el autor cree que Feuerbach hacía vinculantes para el Estado deben concebirse de manera deontológica y no de manera consecuencial, según el modelo del *side constraint* definido por von Nyoзык.

El estudio aborda, asimismo, el análisis de la actualidad que tienen las teorías de la pena y, en concreto, la vigencia de lo que denomina el desafío abolicionista. Los autores que se acogen a esta postura estiman que la pena no debe existir, que es algo esencialmente ilegítimo, un puro acto de poder que no tiene ninguna defensa jurídica o moral. Distingue el autor cuatro tipos de abolicionismo: el primero, el anarquista de tipo normativo, que contradice la legitimidad de la pena, como efecto secundario de su negación de toda legitimidad al Estado y del que pone como ejemplo la frase de León Tolstoi, de que es un “error incomprensible que unos hombres puedan castigar a otro”, quien fundamentaba su abolicionismo en el mandato de la caridad y la presentación de la otra mejilla; el que denomina anarquismo empírico, que no niega la legitimidad del Estado como tal, sino en la forma en que se conoce; el abolicionista estatal o no anarquista, que no censura la existencia del Estado, sino que pone en cuestión la pena como tal. Dentro de esta tendencia, distingue el abolicionismo estatal normativo, que pone de manifiesto la contradicción entre la pena y las normas o principios fundamentales, cuyo mayor representante dialéctico lo constituye Nils Christie.

Se alcanza el punto más álgido del trabajo con la parte de filosofía del derecho penal. Una teoría de la pena se define como el contenido de los condicionamientos en los que se han de fundamentar las penas legítimas. Se trata de una teoría normativa en la que se fundamenta toda creencia sobre la pena, al menos de forma tácita. La tesis abolicionista conforme a la cual el derecho penal sería ilegítimo y, por eso, no merece la pena reflexionar sobre la teoría de la pena, se pone en cuestión tras la introducción y estudio de las numerosas variedades de abolicionismo que distingue.

Greco llega a la conclusión de que, realmente, la posibilidad de la existencia de una teoría de la pena no se pone realmente en cuestión por el abolicionismo. El autor piensa que la afirmación del abolicionismo anarquista de que toda pena contradice los fundamentos de la legitimidad como condena de cualquier

forma de Estado no es plausible y que como condena de ciertos aspectos injustos de los Estados Modernos, se dirige, en esencia a propugnar una teoría de la pena con la que no se acrecienta la iniquidad. Respecto de la teoría abolicionista estatal, que sostiene que no es el Estado ilegítimo, sino toda pena tal como la conocemos, Greco opina que ni se sustenta en un conjunto argumentativo sólido ni aporta una propuesta de cómo debería ser esa pena que no conocemos. En definitiva, Greco opina que las tesis abolicionistas parten de propuestas muy imaginativas y muy idealistas pero son incapaces de aportar soluciones realistas y posibles.

En el punto siguiente, el autor aborda el estudio de la construcción de la teoría de la pena. Una discusión clásica en la investigación de Feuerbach que trata el trabajo de Greco como presupuesto del estudio, gira en torno a la cuestión de la relación entre Feuerbach y Kant. Las premisas de la discusión, según la cual la filosofía de Kant solamente tendría espacio para una teoría penal única, se ponen en este trabajo en cuestión. Se llega a la conclusión de que tanto la teoría de la pena de Feuerbach como la del propio Kant serían teorías de la pena "kantiana".

El autor cree que la teoría de la pena se debe construir formalmente conforme a un doble plano. Conforme al primero, la primera intervención estatal que precisa de legitimación se denomina la amenaza penal (*Strafandrohung*), y la segunda como la imposición de la pena (*Strafzufügung*), la que debe, por eso, estar justificada, según la idea de Feuerbach por distintas reflexiones. En correspondencia, en el plano material, en la legitimación de la pena juegan papel dos tipos de consideraciones distintas de base consecuencial y de base deontológica, con otras palabras, finalidad y limitaciones.

En el punto segundo, da inicio el autor a la exposición de la teoría de la pena, empezando por el propio concepto de pena. Señala el autor que Feuerbach diferencia, utilizando un modo crítico propio de Kant, el objeto de su teoría normativa de sus presupuestos de justificación o de legitimación, o dicho de otra manera, el

concepto de pena de su finalidad o finalidades y de sus fundamentos legales.

El análisis del concepto de pena de Feuerbach le lleva al autor a plantearse, en primer término, la relación del concepto material de pena con la finalidad de la pena, en cuanto la relación de una lesión de derechos subjetivos o de bienes jurídicos respecto de la protección de derechos jurídicos y de derechos subjetivos. Distingue, también, lo que denomina la finalidad de segundo orden: el objetivo final de la pena, que es la protección de bienes jurídicos, resultante de la pena como amenaza de un mal, que se conecta con el concepto de intimidación que inspira su teoría, y cuyo núcleo es la intimidación o el convencimiento por miedo. En el apartado crítico, el autor analiza las objeciones, en primer lugar, que denomina empíricas y, en segundo lugar, normativas, que se alzan contra este concepto. Es particularmente interesante el análisis de si la finalidad de la amenaza de una pena es una prevención general positiva o no. Por prevención general, entiende el autor la doctrina de que la declaración general de motivos no derivados del buen sentido para adoptar un comportamiento no conforme a derecho es una circunstancia que otorga una buena razón para imponer una pena. Analiza, dentro de este apartado, las objeciones que se alzan en su contra, y particularmente la objeción empírica.

Nuevo apartado lo constituye la prevención especial o neutralización del peligro (*Unschädlichmachung*) del delincuente, cuyo exponente en tiempos de Feuerbach, lo constituye Grolman, quien defiende que todo delincuente recibe mediante la norma penal un aviso de que su conducta constituye un peligro para la sociedad y, si no se adapta a la ley, el Estado le pondrá bajo su control. La base, pues, de la prevención especial es la idea de la evitación de conductas ulteriores mediante la sanción penal de la conducta previa.

Trata a continuación, el autor de una cuestión subyacente inevitablemente a toda teoría penal: la noción de retribución (*Vergeltung*). El autor señala que se enlaza con una idea primitiva de la pena como concepto retributivo y

estudia las diferentes alternativas teóricas a esta concepción (la teoría de la venganza, la teoría teológica de la retribución, teoría de la retribución jurídica, teoría de la retribución moral,...). Sería una consecuencia de su carácter de imperativo categórico: se impondría la pena porque la culpa reclama pena. Finalmente, se aborda la justificación de la amenaza penal, que según la reflexión de Feuerbach tiene por finalidad la intimidación general y cuya consecuencia no sería jurídicamente inviable, pues no afectaría a ningún derecho. A continuación, el autor procede a su valoración y estudio.

En correspondencia, se aborda, a continuación, la justificación de la imposición de la pena, que se fundamentaba para apoyarla en la idea de que el ciudadano que cometió un hecho, que está penado con pena por una ley, no consiente solamente el hecho sino también la pena. En definitiva, Feuerbach estimaba que el fundamento de la imposición de la pena radicaba en el consentimiento del sujeto en la imposición de la pena. El autor del trabajo discute este fundamento de la imposición de la pena defendida por Feuerbach; o sea, con su doctrina de que el delincuente consiente en su punición; con otras palabras, con su concepto de culpa. Bajo esta doctrina, subyace la idea liberal de no tener que solicitar conformidad legal por motivos morales sino de conformarse con la conformidad por buen juicio. Sin embargo, estima que la descripción de este fenómeno como consentimiento es una tentativa desafortunada de expresar esta idea; así que se propugna un nuevo concepto de culpabilidad dentro del espíritu de Feuerbach. La culpabilidad se entendería como falta de buen juicio penalmente determinada.

El estudio que, previamente se ha condensado en los párrafos anteriores, culmina en su capítulo tercero, en el que se da nombre y razón al estudio en su conjunto. Qué queda subsistente y qué está muerto en la teoría de Feuerbach. Esto es, realizar una valoración general de la teoría penal del autor alemán conforme a actuales criterios.

Como conclusión, dentro de la parte de la filosofía del Derecho, es la fundamentación y

ante todo la concreción de la prohibición de utilizar a la persona como un simple medio (la denominada prohibición de instrumentalización). Dentro de este apartado, el autor propone, ante la imposibilidad de renunciar a tópicos y lugares comunes, para su concreción un procedimiento de comunicación compleja. Este procedimiento justifica, ante todo, un aspecto fundamental de la existencia humana y exige una descripción exacta y elaborada de las dimensiones, en las que ese aspecto se niega por una determinada conducta. Para el autor, en este punto, las reflexiones consecuenciales de nuevo no juegan papel alguno. Definitivamente la prohibición de instrumentalización se encarna en numerosas formas de comportamiento individuales prohibidas, desde la prohibición de la pena de muerte hasta la prohibición del derecho penal de autor y el derecho penal que castiga el pensamiento.

El principio *nullum crimen* se desprende de la teoría de la intimidación por Feuerbach, no de una manera consecencial, sino que se concibe de manera deontológico como un componente de la humanización y civilización del poder. El concepto de pena se separa claramente de sus requisitos, que lo justifican legalmente. El trabajo intenta resolver el debate sobre el concepto de pena, en un plano metódico, propugnando un nuevo principio al que denomina “pesimismo metódico”. Conforme a ese principio, en la determinación del objeto de una teoría de la justificación, se debe atender a que las características que fundamentan la necesidad de justificación no se oculten. La pena se define, desde la perspectiva pesimista, como un mal comunicativo o corporal especialmente grave impuesto por el Estado, como reacción objetiva a un hecho punible. En el interior del mal comunicativo, se diferencia entre una desaprobación declaratoria y una desaprobación constitutiva. La primera se daría cuando el Estado determina de forma vinculante la comisión de un hecho punible por una persona mientras que la segunda contendría un reproche que incide sobre esa determinación.

La doctrina de la lesión de un derecho de Feuerbach se equipara con su doctrina del bien

jurídico, actualmente de gran relevancia. Ante todo, se ataca el argumento histórico jurídico, normalmente preferido, de reenviar a la herencia de la Ilustración, pues presenta tanto continuidades como discontinuidades. También se pone en cuestión la extendida idealización de la Ilustración como un tiempo pasado dorado. Greco estima que debe valorarse de forma comedida la aportación de ambas doctrinas a la liberalización del derecho penal, porque las doctrinas que determinan el objeto de protección jurídico penal, tienen estructura consecuencial y no es posible atribuir restricciones deontológicas como una prohibición del moralista por consideraciones consecuenciales. Ambas teorías son, al propio tiempo, liberales, así que la teoría del bien jurídico dominante se debe preferir por razones pragmáticas.

En el objetivo de la amenaza penal, se distingue entre un concepto de intimidación psicológica y otro funcional. El primero entiende por intimidación la “producción de miedo”, y el segundo parte más bien de la idea liberal que prohíbe al Estado dirigir moralmente a sus ciudadanos mediante penas. La intimidación es, por consiguiente, un estímulo basado en motivos de buen juicio para que alguien se comporte de una determinada manera. El modelo de intimidación propuesta exige un componente de presión psicológica externa.

También la finalidad de la imposición de la pena se define conforme a la idea de Feuerbach, pero la “categoricidad” de la imposición de la pena no es una consecuencia de la característica de la intimidación, sino del principio de legalidad. Del ideario de Feuerbach no nace camino alguno al moderno, flexible y guiado por el principio de oportunidad, derecho penal, lo que Greco interpreta no como una debilidad o fallo, sino una ventaja de la teoría de Feuerbach. También se analiza en el trabajo la oscura categoría de la “incógnita”, cuyo contenido argumentativo se estudia y que no modifica en nada aquella conclusión. A raíz de las reflexiones de Feuerbach, se rechazan las ideas de resocialización y de inocuidad. La primera no se compatibiliza con la legalidad ni con la autonomía de los ciudadanos y el segundo ni

con el carácter reactivo de la pena ni con el principio de legalidad. La prevención general se rechaza de nuevo; esta vez, como finalidad de la imposición de la pena de forma que el trabajo se ocupa más detalladamente de la teoría, tenida reiteradas veces por anticuada, de la retribución. La claridad de la discusión se incrementa por la introducción y tratamiento de cuestiones, parcialmente olvidadas. A pesar de ello, la teoría de la retribución, incluso en su variante derivada de la recuperación de la relación de aceptación perturbada, no constituye una alternativa viable.

Se rechaza la argumentación de Feuerbach de que mediante la amenaza penal no se afecta ningún bien ni derecho por varios motivos, pero sobre todo, porque apenas muestra contenido deontológico.

En su valoración general, Greco estima que la teoría de Feuerbach, como era de esperar, se desdobra de forma diferenciada. La teoría de Feuerbach es, en su estructura formal, inigualable y, sin embargo, sus hipótesis internas precisan, por múltiples razones, ser sustituidas. Su principal fallo ha sido, sin embargo, la de pretender fundamentar la legalidad penal como un límite deontológico de forma consecuencial. Por eso se plantea la cuestión de por qué los fundamentos consecuenciales de ese tipo, esto es deontológicos, tan frecuentemente reaparecen en la ciencia del derecho penal de los últimos doscientos años; por qué se dice algo así como que la pena de muerte no puede existir porque no disuadiría, la tortura no podría existir porque no vale para esclarecer la verdad, las restantes penas, las penas exacerbadas no deberían existir porque producen efectos desintegradores, en vez de que se sirva de un lenguaje deontológico. La razón para esta forma de estructura argumentativa es, presumiblemente, que la ciencia jurídico penal busca un lenguaje orientado al fin de comunicar con el gobernante —como el filósofo y el rey— pues el lenguaje de los fines es el lenguaje del poder y de la razón de estado.

Por último, resta señalar que el libro se acompaña de una muy abundante bibliografía.