

Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal

Luis Greco

Ludwig-Maximilians-Universität

*Abstract**

La fundamentación que Feuerbach da al principio de legalidad penal —los crímenes y las penas tienen que ser definidos en la ley, porque, de lo contrario, no se obtendrá el efecto de prevención de delitos que se anhela— exemplifica de modo casi paradigmático una forma de argumentar que tiene gran importancia no sólo en la construcción histórica del liberalismo jurídico-penal, sino también en la fundamentación que todavía hoy se le da a una serie de aspectos de esa posición liberal. Esa forma de argumentar consiste, en suma, en fundamentar una conclusión que, a primera vista, parece derivar de una consideración de respeto, en una consideración de conveniencia, en reconducir una prohibición categórica a una recomendación hipotética. Tras examinar otras manifestaciones del argumento, intentaré demostrar que, si por un lado esa estrategia argumentativa tiene buenas intenciones, en la medida en que pretende resolver un problema de motivación, ella debilita inadecuadamente la posición que se propone defender.

Feuerbachs argument for the nullum crimen, nulla poena principle – that crimes and punishment must be defined in a written statute, otherwise one would not achieve the intended crime prevention gains – is an instance of a way of arguing which has played an important role in the history of penal Liberalism and which can be found even nowadays in many aspects of that tradition. This way of arguing proceeds by retracing a conclusion that at first sight seems to be held as matter of respect, to matters of convenience – in others words, it proceeds by showing that what appeared to be a categorical prohibition was actually a hypothetical recommendation. After a discussion of other instances of the argument, the paper attempts to show that this strategy fails, because it weakens in an inappropriate manner the positions it wants to argue for.

In der auf Feuerbach zurückgehenden Begründung des Gesetzlichkeitsprinzips –Straftaten und Strafen müssten deshalb gesetzlich bestimmt werden, weil sonst die angestrebte Präventionswirkung nicht zu erreichen sei –zeigt sich eine wird. Nach der Überprüfung anderer Manifestationen dieser Argumentationsweise Argumentationsweise, die sowohl in der Geschichte des strafrechtlichen Liberalismus als auch in der Rechtfertigung vieler Aspekte dieses Ansatzes eine wichtige Rolle spielt. Diese Argumentationsweise besteht darin, dass ein Ergebnis, das auf den ersten Blick auf einer achtungsbezogenen Überlegung zu beruhen scheint, auf die Grundlage einer zweckmäßigkeitbezogenen Überlegung gestellt wird, also dass ein kategorisches Verbot auf eine hypothetische Empfehlung zurückgeführt versucht der Verf. zu zeigen, dass sie trotz guter Absichten in Begründungsprobleme einmündet, weil sie die von ihr vertretenen Standpunkte unangemessen schwächt.

Title: Convenience and Respect: The Hypothetical and the Categorical in the Foundations of Criminal Law.

Titel: Zweckmäßigkeit und Achtung: Hypothetisches und Kategorisches in der Begründung des Strafrechts.

Palabras clave: Teorías de la pena, prevención general, principio de legalidad.

Keywords: Theories of Punishment, Deterrence, Nullum-crimen-Principle.

Stichwörter: Straftheorien, Generalprävention, Gesetzlichkeitsprinzip.

*Doctor en Derecho, LL.M., Wissenschaftlicher Assistent en la Cátedra del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Universidad Ludwig Maximilian, München, Alemania. Título original: «Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal», traducido por Nuria Pastor Muñoz.

Sumario

- 1. La legalidad penal en Feuerbach**
 - 1.1 El argumento**
 - 1.2 La estructura del argumento**
 - 1.3 La pretensión de vigencia categórica de la conclusión**
- 2. La laguna de fundamentación entre las premisas y la conclusión**
 - 2.1 El problema de la contingencia**
 - 2.2 El problema de la ponderabilidad**
 - 2.3 El punto ciego del argumento**
- 3. Otros ámbitos de aplicación del argumento**
 - 3.1 La crítica a la tortura**
 - 3.2 La crítica a la pena de muerte**
 - 3.3 La crítica a las penas crueles y desproporcionadas**
 - 3.4 La humanización de la ejecución penal por medio del argumento de la resocialización**
 - 3.5 La crítica al castigo de acciones meramente privadas por medio de la teoría del bien jurídico**
 - 3.6 La crítica al Derecho penal del enemigo**
- 4. Balance intermedio**
- 5. Tres indagaciones**
 - 5.1 Conveniencia como racionalización**
 - 5.2 Respeto como conveniencia indirecta**
 - 5.3 La conveniencia de la conveniencia**
- 6. La tarea**
- 7. Bibliografía**

1. La legalidad penal en FEUERBACH

Hay buenas razones para tomar a FEUERBACH como punto de partida de la presente reflexión. En primer lugar, es común otorgar a FEUERBACH el título de fundador de la ciencia moderna del Derecho penal¹. P.J.A. FEUERBACH —padre del conocido filósofo del mismo apellido— fue el penalista más destacado de la Alemania a principios del siglo XIX. Los manuales de hoy hacen referencia a él especialmente en dos lugares: en la exposición de las teorías de la pena, en la que no pocas veces se menciona la llamada teoría de la coacción psicológica, y en el capítulo sobre el principio de legalidad, donde es común atribuir la conocida máxima latina (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) a FEUERBACH². La exposición separada de la teoría de la pena y del principio de legalidad se debe a la sistemática de los manuales, pero no ha de entenderse como indicio de independencia entre ambos temas. Por el contrario, para Feuerbach, la relación entre ambos es de las más estrechas que existen, pues él deriva de la teoría de la pena el principio de legalidad.

1.1 El argumento

Dicho de manera resumida —para una exposición detallada remito a otro trabajo³—, la *teoría de la coacción psicológica* intenta justificar la pena tras proceder a una distinción fundamental entre dos momentos: el de la cominación de una pena y el de la imposición de ésta⁴. La cominación de una pena está justificada por una finalidad—“intimidación general”⁵, es decir, prevenir delitos (lesiones de derechos subjetivos⁶), por medio de la coacción psicológica, entendida ésta como una asociación entre la agradable idea de cometer un delito y la idea desagradable de sufrir una punición⁷—y por la consideración de que esa cominación no interviene en la esfera jurídica de nadie.⁸ La misma imposición de una pena está justificada por la finalidad de confirmar la realidad de la cominación—porque si no se impone la pena, la cominación deja de existir como

¹ Así lo hacen, por ej., ARTHUR KAUFMANN en GÖRRES GESELLSCHAFT (coord.), *Staatslexikon*, vol. III, 1959, p. 255, LÜDERSSEN en ERLER/KAUFMANN (coords.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. I, 1971 p. 1119; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2^a ed., 2003 p. 53; MOHNHAUPT en STOLLEIS (coord.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, 1995, p. 201; ROXIN, en ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 3^a ed., 1994, p. 8, VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2009, p. 43 considera a FEUERBACH el «más importante penalista alemán».

² Por ej., ROXIN, AT, t.I, 4^a ed., 2005, § 3 nm. 22 y s., § 5 nm. 14, 22 y s.; JAKOBS, AT, 2^a ed., 1991, § 1 nm. 27 y ss., § 4 nm. 2; STRATENWERH/KUHLEN, AT, 5^a ed., 2004, § 1/24, 3/5; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, vol. I, 2004, pp. 24 y 199; POLAINO NAVARRETE, *Introducción al Derecho Penal*, 2008, pp. 69 y ss. y p. 172.

³ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009 (cit. *Lebendiges*), pp. 34 y ss.

⁴ Por ej. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, 1799, p. 56.

⁵ FEUERBACH en *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* (cit. BpRW) Teil I St. II (1798), pp. 3 y ss. (cit. *Präventionsrecht*), p. 30; EL MISMO, *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung der kleinischen Strafrechtstheorie*, 1800 (cit. *Sicherungsmittel*), p. 96; EL MISMO, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14^a ed., 1847 (cit. *Lehrbuch*), § 16.

⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 21; EL MISMO, *Revision I*, p. 65; EL MISMO, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. II, 1800, (reimpresión Aalen, 1966), (cit. *Revisión II*), p. 12 y ss.

⁷ FEUERBACH, *Revision I*, p. 43; EL MISMO, *Revision II*, p. 150 y ss.; EL MISMO, *Anti-Hobbes*, 1797, (reimpresión Darmstadt, 1967), (cit. *Anti-Hobbes*), pp. 214 f. Sobre la psicología de Feuerbach, que, al contrario de lo que se dice tradicionalmente, nada tiene de “racionalista”, en detalle GRECO, *Lebendiges*, pp. 44 y s., 87 y ss.

⁸ FEUERBACH, *Revision I*, p. 49; EL MISMO, *Anti-Hobbes*, p. 221; EL MISMO, *Sicherungsmittel*, p. 95; ligeramente distinto EL MISMO, *Lehrbuch*, § 17.

tal⁹, - y también por la consideración de que el delincuente, al cometer un delito cuya punibilidad conoce, manifiesta su consentimiento a la imposición de la pena.¹⁰

Como se puede observar, la teoría, incluso en esa versión resumida¹¹, contiene más que la afirmación de que la conminación de una pena sirve para intimidar a la población, una afirmación a la que no es raro que se vea reducida la teoría en exposiciones más recientes¹². Esa reducción, si bien puede ser tachada de mera caricatura del pensamiento de FEUERBACH, no está, sin embargo, totalmente injustificada, porque de hecho en ella se encuentra el aspecto más importante de la teoría, al menos en el sentido de que principalmente de ella deriva FEUERBACH su conclusión más esencial: el principio de legalidad. Después de exponer sus consideraciones sobre la finalidad de la conminación —intimidación general—, FEUERBACH escribe: “De ahí deriva que la vinculación del mal con el delito debe ocurrir por medio de una amenaza legal”¹³. O sea: él deduce el principio de legalidad de su teoría de la conminación de la pena como intimidación general. Solamente por medio de una ley general e imperativa,¹⁴ determinada, clara y simple¹⁵ se conseguirá asociar en la representación de los ciudadanos las ideas de delito y de pena, de modo que ya no sea posible pensar en la primera sin que, automáticamente, por medio de un mecanismo de asociación de ideas, venga a la cabeza la segunda¹⁶.

1.2 La estructura del argumento

Lo que nos interesa, por el momento, no es si el argumento convence o no (al respecto, *infra* 2), pero sí su estructura: se debe adoptar el principio de legalidad porque, sin él, el Estado no conseguirá alcanzar el fin que anhela. FEUERBACH intenta demostrar que “para el legislador, es una exigencia de prudencia hacer constar en sus leyes penales penas determinadas”.¹⁷ El argumento a favor de la legalidad es, por tanto, un argumento de *conveniencia* y, en cuanto tal, tiene naturaleza hipotética y, al menos, parcialmente empírica. Su *dimensión hipotética* se encuentra en el hecho de que comienza con la postulación de un fin – intimidar a la población contra la comisión de delitos – derivando la conclusión de la hipótesis de que se quiere alcanzar el fin postulado: si se quiere intimidar a la población, entonces es necesaria la legalidad penal¹⁸. Su *dimensión empírica* está contenida en al menos dos premisas que se hayan implícitas en él, a saber, la de que la ley es idónea para intimidar y, en segundo lugar, la de que la ley intimida con

⁹ FEUERBACH, *Revision I*, p. 50; ver también EL MISMO, *Anti-Hobbes*, p. 226; EL MISMO, *Sicherungsmittel*, p. 96; EL MISMO, *Lehrbuch*, § 16.

¹⁰ FEUERBACH, *Revision I*, pp. 53 y ss.; EL MISMO, *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, 1798, p. 33.

¹¹ Otro resumen, algo más claro, GRECO, *Lebendiges*, p. 49.

¹² Por todos JAKOBS, AT, § 1 nm. 27; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5^a ed., § 8 IV 2; MIR PUIG, PG, 7^a ed., 2005, § 3 nm. 18.

¹³ FEUERBACH, *Revision I*, p. 49; Véase también EL MISMO, *Revision I*, p. 63 y ss. De acuerdo BAUER, *Die Warnungstheorie, nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, 1830 (cit. *Warnungstheorie*), pp. 143 y ss.

¹⁴ FEUERBACH, *Revision I*, p. 49.

¹⁵ FEUERBACH, *Revision I*, p. 137; EL MISMO, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, vol. I., 1804, (reimpresión Frankfurt, 1988), p. 20.

¹⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 14.

¹⁷ HENKE, *Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft*, vol. II, 1809, p. 370.

¹⁸ Para el *locus classicus* de la distinción entre imperativos hipotéticos e categóricos cfr. KANT en WEISCHEDEL (coord.), *Kritik der praktischen Vernunft; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Kants*, vol. VII, 1968, (primera publicación en 1785), BA 39.

mayor idoneidad o con menores costes que las alternativas existentes. La legalidad es un instrumento útil y esa es la razón por la que debemos adoptarla.

1.3 La pretensión de vigencia categórica de la conclusión

Obsérvese, entre tanto, la seriedad y, además, la categoricidad con la que Feuerbach reviste su conclusión: "Esa ley penal es el punto que jamás se puede perder de vista, del que todo parte y al que todo vuelve".¹⁹ "Una sentencia solamente puede absolver cuando la ley absuelve, y condenar, cuando la ley condena".²⁰ La Ley penal es algo "categórico"²¹ – lo cual, a pesar de la terminología kantiana, es dicho con una finalidad muy distinta de la de fundamentar una teoría retributiva de la pena²² – o incluso "sagrado".²³ En su opinión, uno de los principales méritos de su teoría de la coacción psicológica radica en que ella consigue fundamentar el principio de legalidad, y la objeción central que FEUERBACH dirige a sus rivales, los cuales defendían especialmente teorías que hoy denominaríamos preventivo-especiales, es la de que esas teorías no serían compatibles con el principio de legalidad penal: "el concepto de una ley penal determinada y el concepto de pena como prevención se anulan recíprocamente".²⁴

2. La laguna de fundamentación entre las premisas y la conclusión

Lo que ocurre es que las premisas presentadas por FEUERBACH son incapaces de fundamentar la conclusión a la que llegan. Aquéllas presentan, especialmente, tres problemas a los que me voy a referir como el problema de la contingencia, el problema de la ponderabilidad y el problema del punto ciego²⁵.

2.1 El problema de la contingencia

Como se ha visto antes, tanto la premisa de que la ley es un medio idóneo para intimidar, como la de que la ley intimida con mayor idoneidad o a menor coste que las alternativas existentes tiene naturaleza empírica. Eso significa no solamente que su contenido de verdad puede cuestionarse hoy: piénsese en el ejemplo del Derecho inglés, que hasta hoy no conoce una tipificación legal, sino solamente una definición jurisprudencial, del delito de homicidio simple

¹⁹ FEUERBACH, *Revision I*, p. 88. De acuerdo BAUER, *Warnungstheorie*, p. 50, para quien el concepto de ley penal ocupa «el primer lugar» entre los conceptos fundamentales del Derecho penal.

²⁰ FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 75.

²¹ FEUERBACH, *Revision I*, p. 146; similar EL MISMO, *Präventionsrecht*, p. 22 y pp. 41 y ss.

²² Em detalle GRECO, *Lebendiges*, pp. 454 y ss.

²³ FEUERBACH en LÜDERSSEN (coord.), *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1968, (primera publicación en 1804), p. 73. Otras citas en KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1967, p. 76, que subraya el carácter categórico del principio de legalidad en FEUERBACH.

²⁴ FEUERBACH, *Sicherungsmittel*, pp. 61, así también ALMENDINGEN, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, 1803, p. 16. Observación terminológica: Präventionstheorie era el nombre de la teoría de GROLMAN, de carácter preventivo-especial.

²⁵ Véase ya GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?*, ZIS, 2008, p. 238, haciendo referencia al problema de la contingencia y del punto ciego; crítica similar también en GRECO, *Lebendiges*, pp. 253 y ss.

(*manslaughter*),²⁶ lo cual no parece ni menos intimidante ni más costoso que la promulgación del § 212 StGB o del art. 138 del CP español. Más importante es la consideración de que aunque tengamos buenas razones para aceptar esas premisas como proposiciones verdaderas, esas razones solamente tendrán peso en el momento en que efectuamos la comparación entre las premisas y la realidad, sin que haya garantía alguna de que en el futuro no se modifique tal realidad, lo que obligaría a revisar las premisas. Concretamente: aunque la ley penal sea hoy un medio idóneo para intimidar y el más idóneo o menos costoso de los medios existentes, no se puede excluir que, en un futuro próximo, surja un medio superior que permita que esos efectos de intimidación se obtengan sin la ley penal. Allí reside lo que quiero denominar el *problema de la contingencia*: el carácter empírico de ciertas premisas del argumento de FEUERBACH lleva a que ellas solamente consigan fundamentar conclusiones de naturaleza contingente, esto es, conclusiones tan variables y mutables como las premisas en las que se fundamentan. Quien considera que la intimidación es lo fundamental, la verdadera razón de ser del principio de legalidad, tienen que abandonar o, al menos, relativizar el principio de legalidad en los casos en que su observancia no intimida o en que la intimidación se logra ya mediante la observancia de otras consideraciones. Eso significa, además, que argumentos como el de HENKEL, quien en 1933 defendía los tipos penales indeterminados y la analogía contra reo alegando que, con ello, se intimidaría mejor a la población²⁷, pasan a ser argumentos válidos, a los que el liberal no solamente no tiene que prestar atención, sino también conseguir refutar en una discusión sobre verdades empíricas.

2.2 El problema de la ponderabilidad

No hay medio que sea idóneo exclusivamente para promover un único estado de cosas deseado, no hay estado de cosas que sea susceptible de promoción mediante un único medio. Si el principal argumento a favor de la legalidad es que ella es idónea para promover el estado de cosas deseado “intimidación general”, entonces será necesario preguntar si la legalidad no promueve, al mismo tiempo, otros estados de cosas, esta vez indeseados, y la vigencia de la legalidad pasará a depender de una ponderación entre los estados de cosas deseados e indeseados que aquélla promueve. Para ser más concreto, piénsese en los reconocidos elementos del principio de legalidad que provocan, todos ellos, varios efectos indeseados: la prohibición de retroactividad promueve también el no-castigo de ciertas personas que merecen ser castigadas, la prohibición de analogía promueve disparidades de tratamiento, la prohibición de Derecho consuetudinario promueve una petrificación del Derecho. ¿Por qué no ponderar la necesidad de intimidación con la de no dejar impunes hechos merecedores de pena, con la de impedir disparidades de tratamiento de una cierta intensidad o una petrificación del Derecho, para permitir una relativización de los imperativos de la *lex praevia, stricta y scripta* al menos en ciertos casos.

²⁶ Véase ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 5^a ed., 2006, p. 7.

²⁷ HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1933, p. 68; ya anteriormente, EXNER en *Gerechtigkeit und Richteramt*, 1922, p. 59, de acuerdo FREISLER en *DStR*, 1935, p. 15; EL MISMO, *ZStW*, 1936, p. 520. Instructivo sobre las violaciones del nacional-socialismo del principio de legalidad KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, pp. 30 y ss.

La legalidad tampoco es el único medio para promover el estado de cosas deseado intimidación general —ya se mencionó antes una jurisprudencia constante, se podría pensar también en decretos y reglamentos del poder ejecutivo o incluso en un control policial intenso y regular. Si la legalidad se sustenta con el argumento de FEUERBACH, ella solamente sería preferible a esos medios debido a que de ella derivan otras ventajas y a que ella sería capaz de evitar ciertas desventajas, en la medida en que tales consecuencias, en un proceso de ponderación, parecieran más significativas que las provocadas por los medios alternativos. El corolario de esto, con todo, es que al menos en casos no comunes, sería posible relativizar el principio de legalidad en favor de uno de esos medios concurrentes, permitiendo una criminalización por el acto de un juez, del presidente de la república, de un ministro o, incluso, de un jefe de policía.

2.3 El punto ciego del argumento

Para terminar, hay algo que este argumento pasa por alto, a saber: si la legalidad se fundamenta en una consideración de conveniencia o de utilidad, se deja de mencionar un dato que parece intuitivamente importante. Según la fundamentación de FEUERBACH, lo que hay de equivocado en castigar sin una ley previa o con base en una analogía o en el Derecho consuetudinario, no es que ese castigo sea injusto o que signifique una descualificación de aquél que castiga o una falta de respeto a quien es castigado. El error está en que tal castigo es inútil e innecesario porque el delito contra el que está reaccionado tal vez ni siquiera hubiera tenido lugar si se hubiera respetado el principio del *nullum crimen sine lege prævia, stricta o scripta*. El Estado que castiga sin ley no es, en primer lugar, injusto, pero sí perdulario, si el medio ineffectivo se emplea conscientemente, o ingenuo, si actúa de esta manera sin tal conciencia. Aunque la actuación perdularia o ingenua acabe, al final, siendo cualificada también de injusta, tal cualificación no proviene de una aplicación directa de criterios de justicia, sino del carácter inútil, esto es, inconveniente de la actuación. Esto significa, principalmente, que la justicia o el respeto, en cuanto tales, siquiera són vistos, pero quedan como un punto ciego del argumento que solamente los consigue ver en cuanto derivados de consideraciones de conveniencia.

3. Otros ámbitos de aplicación del argumento

La estructura argumentativa que hay tras la fundamentación del principio de legalidad en FEUERBACH no se manifiesta solamente aquí, sino también en la fundamentación de muchos otros límites al poder del Estado que fueron consolidándose paulatinamente en especial en los dos últimos siglos. Al conjunto de esos límites, de los cuales más adelante trataré solamente una muestra, lo denominaré *tradición del liberalismo jurídico-penal*²⁸. Como el principio de legalidad de FEUERBACH, los límites que paso a discutir son entendidos por la tradición liberal no como eras recomendaciones contingentes, de vigencia hipotética, sino como barreras absolutas, como prohibiciones categóricas.

²⁸ Muy próximo PASTOR, *El poder penal internacional*, 2006, p. 19 y ss., que habla de una «cultura penal universal».

Sin embargo, a lo largo de los siglos, los principales argumentos que los autores liberales ofrecieron para sustentar esos límites fueron argumentos de conveniencia, lo cual, como veremos, significa que los tres problemas apuntados antes (contingencia, ponderabilidad y punto ciego) continúan presentándose.

3.1 La crítica a la tortura

El principal (de nuevo, no es el único²⁹) argumento de la famosa crítica de BECCARIA a la tortura puede sintetizarse en la siguiente afirmación: “ese es el medio seguro de absolver a los malvados robustos y de condenar a los inocentes débiles”.³⁰ Ya antes de él, el rey filósofo Federico II de Prusia que abolió en 1740 la tortura en la mayor parte de los casos, si bien no en todos, escribía³¹: “Un villano robusto niega su crimen. Un inocente de cuerpo frágil confiesa algo que no hizo”. Solamente con la abolición de la tortura se puede “tener la certeza de no confundir inocentes y culpables y la Administración de Justicia continúa, aún así, funcionando”.³² También GROLMAN y FEUERBACH argumentan de modo similar. FEUERBACH, que fue el responsable de la abolición de la tortura en Baviera en 1806, dice que la tortura es injusta e ineficaz: “injusta... por infligir una pena cierta a alguien de quien no se sabe todavía si merece ser castigado y porque ella lleva fácilmente a un inocente a confesar falsamente; y ella contradice su propia finalidad porque entrega al poder del villano fuerte la posibilidad de... ridiculizar la justicia”³³ – o sea, la mayor parte de la injusticia de la tortura consiste en que afecta a personas equivocadas³⁴. Modernamente, una de las más difundidas objeciones a la tortura es el argumento de la denominada *slippery slope*: si la tortura fuera permitida, aunque solamente en un único caso, acabaría siendo utilizada también en otros, siendo imposible controlarla³⁵.

El punto ciego de esta argumentación es manifiesto: si no torturamos es porque no conviene y no porque debamos respeto al ser humano candidato a ser torturado. Y de ahí ya se deriva el problema de la contingencia: si la razón de no torturar es la de que no conviene, será defendible o,

²⁹ BECCARIA en FIRPO (coord.), *Opere*, vol. I, 1984, pp. 15 y ss., primeramente publicado en 1764 (cit. *Delitti*) menciona también, al inicio del § XVI, la presunción de inocencia, si bien ese argumento parece tener una relevancia secundaria.

³⁰ BECCARIA, *Delitti*, §§ XVI.

³¹ Detalles en EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3^a ed., 1965, § 253.

³² FRIEDRICH II en VOLZ (coord.), *Die Werke Friedrichs des Großen in deutschen Übersetzung*, (trad. OPPELN-BRONOWSKI), 1913, p. 35. Es verdad que ese tampoco es el único argumento.

³³ FEUERBACH, *Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung*, 1812, p. 241; algo distinto FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 590 (“la razón y la humanidad la condenan”).

³⁴ Véase también la crítica de GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1^a ed., 1798, (reimpresión Glashütten im Taunus 1970), § 671.

³⁵ Por ej.: KREMNITZER, *Israel Law Review*, 1989, p. 260; RAESS, *Der Schutz vor Folter im Völkerrecht*, 1989, p. 112 y ss.; MORGAN, *Punishment and Society*, 2000, pp. 191 y ss.; EHRLICH/JOHANNSEN en HASSE Y OTROS (coords.), *Menschenrechte*, 2002, pp. 358 y ss.; HAURAND/VAHLE, *NVwZ*, 2003, p. 521; KRETSCHMER en *Recht und Politik*, 2003, p. 114; WELSCH, *BayVBl*, 2003, p. 485; GEBAUER, *NVwZ*, 2004, p. 1408; ZIEGLER, *KritV*, 2004, p. 62; ELLBOGEN, *Jura*, 2005, p. 342; GUSY, *NJW*, 2005, p. 240; KREUZER en NITSCHKE (coord.), *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?*, 2005, p. 44; ROXIN en *Festschrift für Eser*, 2005, p. 467 y ss.; EL MISMO en *Festschrift für Nehm*, 2006, pp. 171 y ss.; K. GÜNTHER en BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (coords.), *Rückkehr der Folter*, 2006, pp. 101 y ss., pp. 106 y s.; HASSEMER, *StV*, 2006, p. 321 y ss. (330); MOLINA FERNÁNDEZ en CUERDA RIEZU (coord.), *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*, 2006, p. 265 y ss. (280 y s.); VON DER PFORDTEN en LENZEN (coord.), *Ist Folter erlaubt?*, 2006, p. 169; POSCHER en BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (coords.), *Rückkehr der Folter*, 2006, p. 53; STEINHOFF en LENZEN (coord.), *Ist Folter erlaubt?*, pp. 194 y ss.

incluso, permitido torturar dependiendo de las circunstancias. Se pierde la prohibición fuerte, absoluta, de la que parte el art. 15 II de la Convención Europea de Derechos humanos.

El argumento de que las circunstancias son extremas (necesidad de impedir atentados terroristas³⁶) o no comunes (necesidad de salvar a un niño secuestrado³⁷) o simplemente de que el uso de la tortura no conduce a los efectos negativos temidos (como la lesión del inocente o a la *slippery slope*) y logra los efectos positivos esperados (en especial, el descubrimiento de la verdad), pasará a tener relevancia y será necesario combatirlo descendiendo al campo minado de la discusión empírica y de la ponderación.

3.2 La crítica a la pena de muerte

Por lo menos desde BECCARIA³⁸, la mayor parte de los críticos de la pena de muerte recurren a un argumento central: el de que la pena de muerte no intimida, siendo, por tanto, inútil³⁹. Al mismo tiempo, solamente unos pocos de entre esos autores se preocupan por explicitar de dónde extraen

³⁶ En la doctrina, véase la defensa de la tortura como instrumento de combate contra el terrorismo principalmente por BRUGGER/DERSHOWITZ, *Der Staat*, 1996, pp. 66 y ss.; EL MISMO, *JZ*, 2000, pp. 165 y ss.; EL MISMO, *Freiheit und Sicherheit*, Baden Baden, 2004, pp. 56 y ss.; EL MISMO en NITSCHKE (coord.), *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?*, 2005, pp. 107 y ss.; y DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works*, 2002, pp. 150 y ss.; EL MISMO en Levinson (coord.), *Torture – A Collection*, 2004, pp. 257 y ss., que propone la creación de una orden judicial de tortura (torture warrant) (cfr. p. ej. *Why Terrorism Works*, p. 158; «Tortured reasoning», p. 263). Además: JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2005, pp. 519, 522 y ss., para el que la tortura estaría permitida en situaciones extremas, como la de la bomba de relojería; LEVINSON, *Texas Law Review*, 2003, p. 2042, esencialmente de acuerdo con DERSHOWITZ.

En la práctica, cfr. la opinión de la llamada Comisión Landau, en Israel (resumen publicado en *Israel Law Review* 23 [1989], p. 146 y ss.), en el cual, entre otras cosas, se opina sobre la juridicidad de los métodos de interrogatorio del llamado Servicio General de Seguridad (General Security Service).

³⁷ Cfr. especialmente el llamado «caso Daschner», LG Frankfurt, *NJW* 2005, pp. 692 y ss., y los autores que se manifestaron a favor de la juridicidad del comportamiento del policía que amenazó con torturar al secuestrador, para salvar la vida del niño secuestrado, entre ellos: ERB, *Jura*, 2005, pp. 24 y ss.; EL MISMO, *NStZ*, 2005, pp. 593 y ss.; EL MISMO en LENZEN (coord.), *Ist Folter erlaubt?*, 2006, pp. 19 y ss.; EL MISMO en NITSCHKE (coord.), *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?*, 2005, pp. 149 y ss.; HERZBERG, *JZ*, 2005, pp. 321 ss.; JEROUSCHECK, *JuS*, 2005, pp. 296 y ss.; WITTRECK, *DöV*, 2003, pp. 873 y ss.; EL MISMO en GEHL (coord.), *Folter – Zulässiges Instrument im Rechtsstaat?*, 2005, pp. 37 y ss.; EL MISMO en BLASCHKE Y OTROS (coords.), *Sicherheit oder Freiheit?*, 2005, pp. 161 y ss.

³⁸ BECCARIA, *Delitti*, § XXVIII. En rigor, el argumento de BECCARIA no era el de que la pena de muerte no intimida, sino el de que la cadena perpetua intimida mejor.

³⁹ En ese sentido, por ej.: AMNESTY INTERNATIONAL, *Die Todesstrafe*, 1979, pp. 14 f.; AZEVEDO MARQUES en AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, 1993, pp. 41 y ss. BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4^a ed., 1999 p. 100; BAUMANN en *Weitere Schriften zur Strafrechtsreform*, 1969, p. 90; BATOCHIO en AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, 1993, p. 66; BEDAU en BEDAU/CASSELL (coords.), *Debating the Death Penalty*, 2004, p. 37; BICUDO en AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, 1993, p. 31; BOCKELMANN, *Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten*, 1962, pp. 141 y ss., complementado el argumento con una consideración sobre la carga de la prueba, p. 144; CAMUS en KOESTLER (coord.), *Die Rache ist mein*, 1961, p. 174; E. CORREIA, *Pena de morte*, vol. I, 1967, pp. 27 y ss.; DOBROWOLSKI en CALHEIROS BONFIM (coord.), *Pena de morte*, p. 182; DREHER, *Bemühungen um das Recht*, 1972, pp. 90 y ss.; GARCÍA VALDÉS, *Temas de derecho penal*, 1992, pp. 29 y ss.; GERBER, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2004, pp. 449 y ss.; GREGORI/KAHN en AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, 1993, pp. 85 y ss.; HOOD en BOULANGER/HEYES/HANFLING (coords.), *Zur Aktualität der Todesstrafe*, 2^a ed., 2002, p. 447; HUNGRIA en CALHEIROS BONFIM (coord.), *Pena de norte*, p. 5; KELLER, *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*, 1968, p. 87; KOESTLER en KOESTLER (coord.), *Die Rache ist mein*, 1961, p. 47; LIEPMANN, *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages*, vol. II, 1921, pp. 592 y ss. LOHMANN en BOULANGER/HEYES/HANFLING (coords.), *Zur Aktualität der Todesstrafe*, 2^a ed., 2002, p. 30; MARTIS, *Die Funktionen der Todesstrafe*, 1991, p. 194; MAURACH, *Todesstrafe? Theologische und juristische Argumente*, 1960, pp. 34 y ss.; MITRA, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1987, pp. 470 y ss.; NATHANSON, *Philosophy & Public Affairs*, 1985, p. 162; NOWAKOWSKI en KOESTLER (coord.), *Die Rache ist mein*, 1961, pp. 335 y ss.; RADBRUCH en WASSERMANN (coord.), *Gesamtausgabe*, vol. 9, 1992, (primera publicación en 1928), pp. 302 y ss.; STRATENWERTH en AA.VV., *Nein zur Todesstrafe*, 1978, pp. 42 y ss.; TORGÀ en CALHEIROS BONFIM (coord.), *Pena de morte*, p. 42.

esa certeza. Raramente se citan investigaciones empíricas, lo cual es poco sorprendente, porque no solamente existen estudios que afirman la eficacia preventivo-general de la pena de muerte⁴⁰ como también parece que la presente discusión científica no permite cualquier afirmación concluyente sobre la cuestión⁴¹. Además de esto, no se puede negar que el sentido común –en general, la última instancia para la resolución de cuestiones empíricas⁴² – considera tal eficacia como mínimo plausible. Pero la verdad es que los críticos de la pena de muerte, cuando alegan su ineeficacia, no se preocupan por lo que dicen ni las ciencias empíricas, ni el sentido común. Es más: incluso si las ciencias empíricas llegaran al resultado seguro de que la pena de muerte, de hecho, intimida, es probable que persistiera el rechazo de la pena de muerte – con lo que surge la sospecha de que el rechazo de la pena de muerte deriva de consideraciones distintas, que no son susceptibles de refutación empírica ni de ser expresadas expresadas a través del lenguaje de conveniencia con el que está formulado el argumento.

Hay que decir lo mismo de otras alegaciones difundidas, como la de que la pena de muerte genera en la población un efecto de brutalización⁴³ o de que la pena de muerte se aplica selectivamente, en especial a delincuentes negros y pobres⁴⁴. ¿O estaríamos dispuestos a aceptar la pena de muerte si quedara comprobado que (y en qué circunstancias) sirve también para calmar a la población o si se consiguiese aplicarla a blancos y ricos?

3.3 La crítica a las penas crueles y desproporcionadas

La Edad Media es conocida por la残酷 y arbitrariedad de las penas conminadas. La pena de muerte, a ser ejecutada de las formas más diversas, era una de las más comunes en la *Constitutio*

⁴⁰ Por ej. EHRLICH, *The American Economic Review*, 1975, pp. 398 y 416 y ss.; EL MISMO, *The Yale Law Journal*, 1975, pp. 209 y ss.; LAYSON, *Economic Journal*, 1985, pp. 86 y ss. y de fecha más reciente CLONINGER/MARCHESEINI, *Applied Economics*, 2001, pp. 569 y ss.

⁴¹ Una evaluación general de los estudios publicados hasta 1980 en BEYLEVELD, *A Bibliography on General Deterrence Research*, 1980, pp. 171 y ss. y p. 201; evaluación de los estudios publicados entre 1979 y 1986 en ZVEKIC/KUBO, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1987, pp. 544 y ss. Según estas dos evaluaciones, la cuestión continúa abierta. La evaluación posterior publicada por BAILEY/PETERSON en BEDAU (coord.), *The Death Penalty in America*, 1997, p. 155, ya concluye que la eficacia de intimidación de la pena de muerte no estaría comprobada y probablemente sería inexistente.

⁴² GRECO, *Lebendiges*, p. 367, recurriendo a ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2^a ed., 1965, p. 15.

⁴³ Ya BECCARIA, *Delitti*, § XXVIII (92); RABDRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7^a y 8^a ed., 1929, pp. 109 f. (“olor a sangre”); El MISMO en WASSERMANN (coord.), *Gesamtausgabe*, vol. 9, pp. 302 y 339. En la actualidad ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974, p. 58; CORREIA, *Pena de morte*, vol. I, 1967, p. 27; ESPY, *Crime & Delinquency*, 1980, pp. 537 y ss.; GARCÍA VALDÉS, *Temas de derecho penal*, 1992, p. 24; KELLER, *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*, 1968, p. 259; STRATENWERTH en AA.VV., *Nein zur Todesstrafe*, 1978, p. 52.

Intento de comprobación empírica en BOWERS/PIERCE, *Crime & Delinquency*, 1980, pp. 481 y ss., cuidadoso, pero en el mismo sentido, BAILEY, *Criminology*, 1998, pp. 711 y ss.; comprobación empírica tanto de la brutalización como de la intimidación en COCHRAN/CHAMLIN, *Justice Quarterly*, 2000, pp. 697 y ss.; SHEPHERD, *Michigan Law Review*, 2005, pp. 247 y ss., afirmando que la brutalización sería preponderante.

⁴⁴ Por ej. BLACK JR., *Capital Punishment: The Inevitability of Caprice and Mistake*, 2^a ed., 1981, pp. 22 y ss., 46 y ss. y 101; con comprobación empírica BOWERS/PIERCE, *Crime & Delinquency*, 1980, pp. 563 y ss.; además BAGGE en BOULANGER/HEYES/HANFLING (coords.), *Zur Aktualität der Todesstrafe*, 2^a ed., 2002, pp. 65 y ss.; MITRA, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1987, p. 457 y ss.; LOHMANN en BOULANGER/HEYES/HANFLING (coords.), *Zur Aktualität der Todesstrafe*, 2^a ed., 2002, p. 40; MARTIS, MARTIS, *Die Funktionen der Todesstrafe*, 1991, pp. 257 f.; NATHANSON, *Philosophy & Public Affairs*, 1985, p. 152 y ss.; REIMAN, *Philosophy & Public Affairs*, 1985, p. 133, nota 22.; B. STEVENSON en BEDAU/CASSELL (coords.), *Debating the Death Penalty*, 2004, pp. 78 y ss.; BRIGHT en BEDAU (coord.), *The Death Penalty in America*, 1997, pp. 275 y ss.; El MISMO en BEDAU/CASSELL (coords.), *Debating the Death Penalty*, 2004, pp. 157 y ss.

Criminales Carolina de 1532 y solamente un ejemplo ya da idea de la falta de proporcionalidad: tanto la conducta del coito antinatural („vnkeusch, so wider die natur beschieht“, art. 116) como la de incendio (art. 125) eran castigadas con la misma sanción, muerte en el fuego. Por lo menos en algunos países, la Edad Media parece extenderse hasta el siglo XXI: por ejemplo, en Brasil, la injuria cometida con referencia a la raza, color, etnia, religión, origen o condición de persona mayor o deficiente es castigada con reclusión de uno a tres años y multa (art. 140 § 3º Código Penal brasileño). O sea, la pena mínima de la injuria simple se multiplica por doce (art. 140, encabezamiento), uno a seis meses, o multa. Mientras, el delito de lesiones corporales es castigado con detención de tres meses a un año (art. 129, encabezamiento).

Gran parte de la crítica liberal de los últimos doscientos años se dirige contra este estado de cosas. La primera de las objeciones tradicionales es la del carácter preventivamente contraproducente de esas penas: “Es esencial que las penas tengan armonía entre si, porque es esencial que se evite antes un crimen importante que uno menor”⁴⁵. Concretamente: en Brasil, el racista que comete una injuria es un racista tonto, porque la ley lo beneficia si, en vez de una injuria, opta por cometer lesiones corporales. Un problema adicional, correlativo al del carácter contraproducente que, en general, se revela separadamente, es el de que las leyes crueles y desproporcionadas tienden a no ser aplicadas y, con ello, a perder su autoridad ante la población. “La atrocidad de las leyes impide su ejecución”, decía MONTESQUIEU⁴⁶, y para BECCARIA “la misma impunidad nace de la atrocidad de los suplicios”⁴⁷, una afirmación que hizo historia en la literatura liberal⁴⁸. La tercera de las objeciones tradicionales se refiere a los efectos de tales sanciones exacerbadadas en la sensibilidad de la población: la lámina que se utiliza en exceso acaba perdiendo su filo, la población se brutaliza, se acostumbra a sanciones extremas⁴⁹. En la actualidad es posible formular esta tercera objeción haciendo referencia a la teoría de la prevención general positiva: la

⁴⁵ MONTESQUIEU, *Oeuvres completes*, 1964, primeramente publicado en 1748, pp. 527 y ss. (cit. *De l'esprit*), Livre XI, 16. Véase además: BECCARIA, *Delitti*, § VI (al final); FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, 2003 (reimpresión de la edición de Paris, 1853; primera publicación en 1780, (cit. *Scienza*), Libro III Capo XXX, p. 194; LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, 1997, primera publicación en 1782 (cit. *Discurso*), Cap. II 11, 14; GLOBIG/HUSTER, *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, 1783 (cit. *Abhandlung*), p. 56; BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, reimpresión Oxford, 1996 (cit. *Introduction*), Chap. XIV 11; Chap. XV 5, que cita el pasaje de MONTESQUIEU transscrito supra; EL MISMO, *The Rationale of Punishment*, 1830, pp. 35 f.; THIBAUT, *Beyträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts*, 1802 (cit. *Beyträge*), p. 95; OERSTED, *Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung*, 1818 (cit. *Grundregeln*), p. 150.

En la actualidad: ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, 2001 (cit. Fines de la pena), p. 152; KORIATH en RADTKE Y OTROS (coords.), *Muss Strafe sein?*, 2004, pp. 68 f.; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1996, pp. 122 f.; esta proposición empírica es confirmada también por el análisis económico del Derecho penal, cfr. STIGLER en BECKER/LANDES (coords.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, 1974, p. 57, además ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, pp. 61 y ss.

⁴⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit*, Livre XI, 13.

⁴⁷ BECCARIA, *Delitti*, § XXVII.

⁴⁸ FILANGIERI, *Scienza*, Libro III Capo XXX, p. 194; CELLA, *Über Verbrechen und Strafe in Unzuchtfällen*, 1787, § 41, 57; LARDIZÁBAL, *Discurso*, Cap. II 15; OERSTED, *Grundregeln*, p. 150; BAUER en *NArch CrimR*, 1827, p. 443; HEPP, *Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien*, 1829, p. 94; en la actualidad ÁLVAREZ GARCÍA, *Fines de la pena*, p. 152; CORREIA, *Direito criminal*, vol. I, 1971, pp. 58 f.; EWING, *Mind*, 1963, p. 123.

⁴⁹ MONTESQUIEU, *Oeuvres completes*, cit., pp. 61 y ss., por primera vez publicado en 1721, p. 80; EL MISMO, *De l'esprit*, Livre XI, 12, 13; BECCARIA, *Delitti*, § III (al final), § XXVII; FILANGIERI, *Scienza*, Libro III Capo XXX p. 194 f.; HOMMEL, *Philosophische Gedanken*, p. 31; LARDIZÁBAL, *Discurso*, Introducción 15, Cap. II 30 f., con varios ejemplos; THIBAUT, *Beyträge*, p. 94 f.; actualmente EWING, *Mind*, 1963, p. 123.

pena proporcional a la culpabilidad es la pena que, a largo plazo, previene mejor los delitos⁵⁰, la pena cruel y desproporcionada tiene efectos desorientadores y desintegradores.⁵¹

Las tres críticas son extremadamente plausibles — mucho más que las críticas a la eficacia intimidadora de la pena de muerte, ya que éstas, por lo menos, se corresponden con el sentido común. Aún así, las tres son, en rigor, argumentos de conveniencia que, por ello, no escapan a los problemas antes apuntados. Piénsese en los problemas de la contingencia y de la ponderabilidad: ¿por qué no sacrificar un poco de la eficacia preventiva de la sanción penal en favor de otros valores, como —para tomar el ejemplo brasileño antes mencionado— el de afirmar la igualdad racial o incluso la dignidad de las minorías? Y el punto ciego de la argumentación me parece también bastante manifiesto: ¿por qué no son suficientes consideraciones como el principio de igualdad o de culpabilidad y, cuando se mencionan, se re conducen a efectos de prevención?

3.4 La humanización de la ejecución penal por medio del argumento de la resocialización

Un argumento bastante difundido a favor de la humanización de la ejecución que fue utilizado especialmente por los denominados penitenciaristas y correccionalistas del siglo XIX es el de que una ejecución penal inhumana convierte al detenido en una persona peligrosa, siendo de esta manera ineficaz desde una perspectiva de prevención especial. SPANGENBERG criticaba las prisiones de la época por ser como “escuelas del vicio y de la corrupción”, lamentando que “no se hace nada para transformarlas en establecimientos correccionales”.⁵² ZELLER, tras justificar la finalidad educativa de la pena como deber cristiano, dice que un establecimiento carcelario organizado como un “dominio despótico” no logra ese efecto educativo⁵³, y OBERMAIER, tras describir el estado de los establecimientos carcelarios, se queja de que “leyes penales injustas

⁵⁰ Por ej. ACHENBACH en SCHÜNEMANN (coord.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 143; BAURMANN, GA, 1994, pp. 376 y 379. DUBBER, ZStW, 2005, p. 498; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^a ed., 1990 (cit. *Einführung*), p. 323; HART-HONIG, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, 1992, p. 100; Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 265 f.; KUNZ, ZStW, 1986, p. 822; MOOS en *Festschrift für Pallin*, 1989, p. 305; MÜLLER-DIETZ en VOGLER (coord.), *Festschrift für Jescheck*, vol. I, 1985, p. 823; STRENG, ZStW, 1989, pp. 287 y ss. Similar también la concepción elaborada por HASSEMER, que diferencia la prevención general positiva, defendida por él, de la llamada prevención de integración de la doctrina dominante (por ej. *Einführung*, p. 324 y ss.; El MISMO en SCHÜNEMANN/HIRSCH/JAREBORG (coords.), *Positive Generalprävention*, 1998, pp. 41 y ss.; El MISMO, StV, 2006, pp. 331 y ss. y las consideraciones de ALCÁCER, *Doxa*, 2002, pp. 149 y ss., que rechaza las que él denomina “soluciones de síntesis” entre prevención y justicia para defender que la estabilidad del Derecho penal depende de su legitimidad (p. 156).

⁵¹ Véase además MITTERMAIER, *Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*, 1819, pp. 59 y ss., contra la que él denomina “extensión del ámbito penal: por medio de esa multiplicación de los delitos se pierde el temor sagrado y necesario ante la seriedad del ámbito penal”; actualmente por ej. KINDEHÄUSER, GA, 1989, pp. 506 y ss., HASSEMER, ZRP, 1992, p. 381 («visibilidad del injusto»); FRISCH en KÜPER/WELP (coords.), *Festschrift für Stree/Wessels*, 1993, pp. 81 y ss. («Strafadäquität»); PRITTWITZ en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (coord.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 403.

⁵² SPANGENBERG, *Ueber die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher, mittelst des Pönitentiärsystems, als den einzigen zulässigen Zweck jeder Strafe*, 1821, p. 78.

⁵³ ZELLER, *Grundriß der Strafanstalt, die als Erziehungsanstalt bessern will*, 1824, pp. 33, 37 y s.

contribuyen muy especialmente al sufrimiento de estos infelices; y no raramente, por su severidad y dureza sin medida, impiden el fin y objetivo, dificultando la mejora".⁵⁴

La exigencia de tratar humanamente a los presos es, por tanto, una recomendación de conveniencia. Pasa a ser ponderable con tantas de las otras finalidades que el Estado intenta conseguir, como la de garantizar la seguridad y la de demostrar que no vale la pena cometer delitos. Parece claro que la argumentación tiene un punto ciego: al final, ¿será realmente preciso mencionar una razón de conveniencia para justificar la exigencia de tratar humanamente a otros seres humanos?

3.5 La crítica al castigo de acciones meramente privadas por medio de la teoría del bien jurídico

El Derecho penal alemán contenía hasta 1975 un tipo penal de homosexualidad entre hombres adultos (§ 175 StGB). El Código penal brasileño conoce hasta el día de hoy el tipo de "escrito u objeto obsceno" (art. 234 CPB). En Alemania y España, la crítica liberal a esas prohibiciones se vale, especialmente, del argumento del bien jurídico. Se dice que esas denominadas conductas meramente inmorales no afectan a bienes jurídicos. Como la justificación del Derecho penal no es religiosa o trascendente y sí inmanente—proteger las condiciones de vida pacífica en sociedad—, las conductas que no afecten a bienes jurídicos no pueden ser legítimamente prohibidas por el Derecho penal⁵⁵.

La teoría del bien jurídico se encuentra en una verdadera crisis que se agudizó tras la sentencia del incesto del Tribunal Constitucional alemán⁵⁶. Esa crisis se debe principalmente a dos objeciones que, en mi opinión, no son convincentes y no llegan al núcleo de esta cuestión. Esas dos objeciones se refieren a la dificultad de definir lo que es bien jurídico (problema de definición) y de justificar la pretensión de la teoría de vincular el legislador (problema de fundamentación)⁵⁷. Me parece que mucho más importante que estas dos dificultades es el hecho de que la teoría del bien jurídico consiste en un argumento de conveniencia⁵⁸. Decir que no se debe castigar la homosexualidad porque esa conducta no afecta a un bien jurídico equivale a decir que no se debe castigar la homosexualidad porque no se gana nada con ello. Aunque eso sea hoy verdadero: tanto el problema de la contingencia, como el de la ponderabilidad, como el del punto ciego

⁵⁴ OBERMAIER, *Anleitung zur vollkommenen Besserung der Verbrecher in den Straf-Anstalten*, 1835, p. 4. Véase además JULIUS, *Vorlesung über die Gefängniß-Kunde*, 1828, pp. 85 y ss.; RÖDER, *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, 1846, pp. 21 f.; EL MISMO, *NArchCrimR*, 1850, pp. 418 y ss.

⁵⁵ Defendiendo la teoría del bien jurídico, con una fundamentación por lo menos similar, ROXIN en HEFENDEHL (coord.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, pp. 144 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht I*, § 2 Rn. 7; SCHÜNEMANN en HEFENDEHL/WOHLERS/HIRSCH (coords.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133 y ss.; HEFENDEHL, GA, 2007, pp. 1 y ss.; GRECO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2004, pp. 97 y ss. Más referencias en GRECO, *Lebendiges*, p. 312 y ss.

⁵⁶ BVerfGE 120, 224 (241 y s.).

⁵⁷ Ejemplo del primer orden de objeciones en BOCKELMANN, *Heidelberger Jahrbücher* 5, 1961, pp. 26 y ss. Más recientemente STRATENWERTH en ESER Y OTROS (coords.), *Festschrift für Lenckner*, 1998, p. 388., ejemplo de las objeciones referidas al problema de fundamentación en LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996, p. 144; VOGEL, *StV*, 1996, p. 112; APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 206; EL MISMO, *KritV*, 1999, pp. 278 y ss.

⁵⁸ GRECO, *ZIS*, 2008, pp. 236 y ss.; EL MISMO, *Lebendiges*, p. 351 (con referencias).

acaban apareciendo. Si una sociedad fuera suficientemente intolerante, puede ser que se gane, sí, paz social con la prohibición de la homosexualidad. Y ello, porque, en rigor, el derecho de los individuos a tener relaciones sexuales con los adultos que consientan en ella no aparece en ningún lugar del argumento—y si aparece, será transformado en mero “contra -interés a la prohibición”⁵⁹ con lo que algo que era un derecho se convierte en un interés ponderable que puede, en una ponderación, verse superado por la fuerza de los intereses contrarios.

3.6 La crítica al Derecho penal del enemigo

Por último, un ejemplo bastante reciente. Desde que JAKOBS expuso —o defendió, dependiendo de cómo se le interprete la figura del llamado Derecho penal del enemigo, se han escrito aproximadamente un centenar de respuestas a la idea, casi todas ellas de tenor crítico. Es verdad que esa crítica se fundamenta muchas veces en consideraciones de respeto: la denuncia categórica de un Derecho penal que distingue dos clases de seres humanos como una violación de la dignidad humana⁶⁰ habla el lenguaje del respeto. Sin embargo, esa crítica va acompañada a veces de o, incluso, queda diluida en las afirmaciones adicionales de que el Derecho penal del enemigo sería disfuncional,⁶¹ innecesario, por existir alternativas,⁶² incapaz de salvar el Derecho penal del ciudadano⁶³, desvinculado de la idea de protección de bienes jurídicos,⁶⁴ fruto de una concepción

⁵⁹ Fundamental para ese concepto SCHAFFSTEIN en LEIPZIGER JURISTENFAKULTÄT (coord.), *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt*, 1936, pp. 56 y ss.

⁶⁰ SCHÜNEMANN, GA, 2001, pp. 211 y s. EL MISMO en GRISBAUM (coord.), *Festschrift für Nehm*, 2006, p. 226. MUÑOZ CONDE, *El derecho penal del enemigo*, 2003, p. 28; ALBRECHT, ZStW, 2005, p. 854; GRACIA MARTÍN, RECPC, 2005, p. 38; ABANTO en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, pp. 19 y ss.; ALLER en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, p. 90 y ss.; ARNOLD en UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, 2006 p. 23; DEMÉTRIO CRESPO en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, p. 485; DONINI en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, pp. 638 y ss., FEIJOO SÁNCHEZ en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, pp. 801 y 815, con la interesante objeción de que el concepto de persona del que parte Jakobs —quien hace del estatus de persona una *presumptio iuris tantum* y no *iuris et de iure*— no es suficientemente normativa; GÖSSEL en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (coords.), *Festschrift für Schroeder*, 2006, pp. 39 y ss.; GRACIA MARTÍN en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, pp. 1073 y ss.; GRECO en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, p. 1099; GROSSO GARCÍA en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, p. 47; KINDHÄUSER en HOYER (coord.), *Festschrift für Schroeder*, 2006, p. 98; DURÁN MIGLIARDI en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, p. 751. MODOLELL GONZÁLEZ en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, p. 333; NEUMANN en UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtstaat*, 2006, pp. 309 y ss.; SALIGER, JZ, 2006, p.762; SÁNCHEZ GARCÍA en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, p. 858; SCHNEIDER/MORGUET en UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtstaat*, 2006, p. 343; STRENG en UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtstaat*, 2006, pp. 245 f. URQUIZO OLACHEA en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, pp. 1043, 1047 y ss.; YACOBUCCI en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, pp. 1085 y ss.

⁶¹ PASTOR en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, p. 507; KUNZ en J. ARNOLD (coord.), *Festschrift für Eser*, 2005, p. 1392.

⁶² SCHÜNEMANN, GA, 2001, p. 212; PRITTWITZ en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (coords.), *La política criminal en Europa*, 2003, p. 118. GÖSSEL en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (coords.), *Festschrift für Schroeder*, 2006, p. 50; en profundidad SÁNCHEZ GARCÍA en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, pp. 858 y ss.

⁶³ SCHULZ, ZStW, 200, p. 662. EL MISMO en UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, 2006 p. 320; KUNZ en J. ARNOLD (coord.), *Festschrift für Eser*, 2005, p. 1392; PRITTWITZ en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (coord.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 119; JUNG, GA, 2006, p. 726; PASTOR, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, p. 504;

eficientista, pero, en verdad, meramente simbólica e ineficaz del Derecho penal.⁶⁵ Ni siempre se indica que estos argumentos son consideraciones de conveniencia, y no de respeto, de modo que si no fueran claramente caracterizados como argumentos meramente adicionales, acabarían por transformar el rechazo del Derecho penal del enemigo en algo no más categórico, como pretenden los críticos y sí hipotético.

4. Balance intermedio

Este rápido análisis permite formular una observación y una tesis. La *observación* es que todas esas barreras al ejercicio del poder por parte del Estado, y que se pueden considerar al menos en parte constitutivas de una tradición liberal—prohibición de torturar, prohibición de la pena de muerte, prohibición de penas desproporcionadas y crueles, prohibición de criminalizar acciones meramente privadas y de tratar una clase de seres humanos como “animales salvajes”⁶⁶— son consideradas, predominantemente, como irreversibles, indisponibles, categóricas. Al mismo tiempo, el argumento con el que se vienen defendiendo estas barreras ha sido, a lo largo de los últimos doscientos años, no pocas veces un argumento de conveniencia que está sujeto a los problemas de la contingencia, de la ponderabilidad y del punto ciego y que, por tanto, es incapaz de justificar la pretensión de categoricidad de tales barreras. Y creo que de ahí se puede derivar una *tesis*, que es: la de que el rechazo de la tradición liberal hacia la tortura, la pena de muerte, etc. no depende de los argumentos con los que ella viene siendo predominantemente defendida, sino que está fundada en otro orden de razones que no siempre se explica. Ese otro orden de razones es la que ya no sigue la lógica de la conveniencia con las “ondulaciones serpentinas de la doctrina de la felicidad”,⁶⁷ y sí la lógica rigurosa y categórica del respeto. Mientras, se introducen tres indagaciones.

5. Tres indagaciones

5.1 Conveniencia como racionalización

La primera indagación es la de si la voz crítica con la que se ha revestido la presente exposición no está injustificada. Si la “orientación según las consecuencias es una parte de la racionalidad moderna”⁶⁸, ¿no habría, por el contrario, que entender los argumentos antes expuestos como *intentos de racionalizar el ejercicio del poder*? ¿No constituiría un progreso que el poder deje de

SALIGER, JZ, 2006, p. 762. Similar, pero partiendo de la teoría sistémica, GÓMEZ-JARA DÍEZ en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. II, 2006, pp. 989 y ss., para quien un sistema no puede garantizar sus propios presupuestos, pero tiene que presuponerlos.

⁶⁴ ESER EN ESER/HASSEMER/BURKHARDT (coords.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 444 y s.; SCHÜNEMANN en GRISBAUM (coord.), *Festschrift für Nehm*, 2006, p. 225; GONZÁLEZ CUSSAC, *Feindstrafrecht*, 2007, pp. 47 y ss.

⁶⁵ APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht*, 2002, pp. 20, 68 y ss., 122 y 329 f.; EL MISMO en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, pp. 165 y ss.; EL MISMO en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, 2006, pp. 211 y ss.

⁶⁶ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 41.

⁶⁷ KANT en WEISCHEDEL (coord.) *Werke*, vol. VIII, 1993, A 197/B 226.

⁶⁸ HASSEMER, *Einführung*, p. 285.

pretender legitimarse por la tradición o por consideraciones trascendentales y sí que se vea forzado a comprobar los beneficios reales generados por su actuación?

Esta observación no es del todo equivocada, es solamente unilateral. Por una parte, no se puede negar que la obtención de beneficios y la prevención de perjuicios es consideraciones de conveniencia— tienen su peso y constituyen un factor importante para determinar la racionalidad y también la moralidad de una decisión. Esto ya ocurre en la vida cotidiana—el hecho de que el niño se pondrá triste es una buena, aunque no necesariamente concluyente, razón para que el padre no le quite el polo—, de modo que sería un tanto sorprendente si el actuar del Estado fuera totalmente indiferente a ellas. Pero lo que no se puede admitir sin petición de principio es que todas las razones que tengan algún peso se refieran a beneficios y perjuicios, con otras palabras, que solamente existan razones de conveniencia y que todas las consideraciones de respeto constituyan, tras un análisis más riguroso, consideraciones de conveniencia, aunque sean indirectas⁶⁹. De cualquier forma, quien esté dispuesto a defender tal tesis ya no puede hablar de lo “indisponible en el Derecho (o en el proceso) penal”.⁷⁰ Me parece que lo más natural es rechazar tal postura reduccionista, la cual intenta reconducir todo el mundo de las razones a consideraciones de conveniencia, como una simplificación inadecuada del mundo moral, y admitir que él tenga lugar para, por lo menos, dos órdenes de consideraciones⁷¹.

5.2 Respeto como conveniencia indirecta

La segunda indagación cuestionaría la existencia de los tres problemas antes diagnosticados (contingencia, ponderabilidad y punto ciego), aludiendo, principalmente, a *mecanismos indirectos de promoción de estados de cosas deseados*. La observancia inflexible de ciertos imperativos no es un valor en sí mismo y sí la mejor manera de promover las finalidades deseadas. Se diría que la afirmación de que hay un punto ciego es una *petitio principii* o una manifestación de fetichismo, que la ponderación tendría lugar, sí, en un momento inicial en el que se formulan esas barreras que identificamos como constitutivas de la tradición liberal, pero ya no en el plano de su aplicación concreta, y que también la contingencia se encontraría en ese plano de formulación abstracta y no se trasladaría al de la aplicación concreta. Ese argumento puede presentar el ropaje del utilitarismo o consecuencialismo de reglas⁷², de la distinción entre plano de los principios, entendidos como mandatos de optimización que solamente tienen importancia solamente *prima facie*, y el plano de las reglas, las cuales ofrecen razones definitivas,⁷³ o de la distinción entre el plano de la moral crítica y el de la moral intuitiva⁷⁴, o tal argumento aparece simplemente afirmación empírica singular y ejemplo de la mención de la *slippery slope* en el caso de la tortura o de la desintegración en el caso de las penas desproporcionadas. El problema de todas estas

⁶⁹ Sobre los argumentos de conveniencia indirecta cfr. el próximo apartado.

⁷⁰ Como hace HASSEMER en A. KAUFMANN Y OTROS (coords.), *Festschrift für Maihofer*, 1988, pp. 183 y ss.

⁷¹ En rigor, incluso para más, como las referidas a la virtud o al cuidado (care), pero esto no nos interesa por ahora. A favor de la complejidad y heterogeneidad del mundo moral LARMORE, *Patterns of Moral Complexity*, 1987, pp. 132 y ss.

⁷² Defendido más recientemente por HOOKER, *Ideal Code, Real World*, 2000.

⁷³ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1994, pp. 75 y ss., con la reconstrucción de lo categórico como algo inherente al plano de las reglas, que deriva de una ponderación que ha tenido lugar en el plano anterior, de los principios (94 y ss.).

⁷⁴ HARE, *Moral Thinking*, 1981, pp. 25 y ss.

estrategias es que no consiguen justificar de modo convincente la impermeabilidad que se ha postulado entre los dos planos, el plano de la formulación general de las reglas y el de su aplicación individual. En concreto: si es una ponderación que justifica que se formule una regla como la del art. 15 II de la Convención Europea de Derechos Humanos, ¿por qué no ponderar, al menos en ciertos casos atípicos, a la hora de aplicar esa regla? ¿Con qué argumento se exigirá del aplicador, esto es, del policía o del juez, un *sacrificium intellectus*, si él está más cerca de la producción de consecuencias deseadas y del impedimento de consecuencias indeseadas que aquél que formuló la regla? Es más: en la mayor parte de los casos, estas estrategias no consiguen siquiera explicar por qué las reglas tienen el alcance con el que las formuló la tradición liberal, porque muchas veces no contienen cláusulas flexibilizadoras algunas o una lista de excepciones.

Lo que se percibe, por el contrario, es una actitud que se podría llamar de *apriorización de lo empírico*: los defensores de las barreras antes mencionadas postulan, con una convicción que a veces no está justificada ni por investigaciones empíricas ni por el sentido común, un nexo causal de alcance general (“la tortura es incontrolable”; “la pena de muerte no intimida”; “las penas desproporcionadas desintegran”; “las prisiones inhumanas desocializan”), que no están dispuestos a someter a revisión alguna. Con lo cual se percibe que la conclusión a la que se llega está siendo sustentada por una consideración que no es de carácter empírico, de conveniencia indirecta, sino apriorístico, que debería asumirse públicamente como consideración de respeto.

5.3 La conveniencia de la conveniencia

La tercera y quizá más interesante indagación tiene relación con el porqué de esa apelación repetida a la conveniencia presente en los textos de la tradición liberal. Una primera explicación posible sería la de que los autores que argumentan así se engañan, que no se dieron cuenta de la laguna de fundamentación existente entre conveniencia y respeto y que creyeron en la posibilidad de fundamentar algo categórico en un dato meramente hipotético. Esta explicación quizá no sea del todo equivocada, pero es, sobre todo, *arrogante*, porque su premisa básica es la de que algunos de los pensadores más geniales del Derecho penal, a los que más debe la tradición liberal, no eran tan geniales. Una segunda explicación sería menos arrogante, pero no más plausible. En vez de atribuir un error lógico a tales autores, se diría que sabían bien lo que estaban haciendo —que el debilitamiento de las consideraciones de respeto, tan pronto éstas se fundamenten en la conveniencia, que convertir lo categórico en hipotético era precisamente lo que anhelaban tales autores. Esta lectura más crítica, vinculada especialmente a nombres como ADORNO/HORKHEIMER,⁷⁵ FOUCAULT⁷⁶ y, en Derecho penal, al retribucionista NAUCKE,⁷⁷ no es plausible no solamente por su carácter de teoría de la conspiración, sino también por no conseguir explicar por qué raramente se defendió el debilitamiento de tales barreras. En concreto: no se entiende por qué la mayor parte de quienes dicen que la pena de muerte no intimida no se

⁷⁵ HORKHEIMER/ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, 15^a ed., 2004, primera publicación en 1944, pp. 3 f., 5, 12 (“la ilustración es totalitaria”), 15 y 49.

⁷⁶ FOUCAULT, *Überwachen und Strafen*, (trad. SEITTER), 1976, pp. 25, 95 y ss. y 103; en el mismo sentido G. WÄCHTER, *Strafrechtliche Aufklärung*, 1987, pp. 89 y ss., 155 y ss.

⁷⁷ NAUCKE, «Vorwort», en: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, p. 4 y ss. El MISMO, ARSP-Beiheft, 2003, p. 43, (“desidealización”). Más referencias de otros autores de orientación similar en GRECO, *Lebendiges*, pp. 325 y ss.

anima a defenderla en los casos imaginables en los que aquélla lograra intimidar, o por qué quienes rechazan la tortura alegando que no sirve para la búsqueda de la verdad o que genera una *slippery slope* aún así no quieren admitir la tortura en los casos en que ésta logre descubrir la verdad y en que se pudiera excluir la *slippery slope*. Ahora bien, lo importante no es tanto que tal tesis no sea plausible, sino que contiene una seria acusación: la de que las barreras de la tradición liberal son mentiras y la de que los pensadores que las formularon son defensores y lacayos del poder y es, por tanto, *ingrata* con ciertas mentes a las que tanto debemos. Por eso, la explicación que me parece más plausible y que no se puede calificar ni de arrogante ni de ingrata es la de que los argumentos de conveniencia fueron un intento de expresar en un idioma extranjero, de traducir ideas aprehendidas por medio de intuiciones de respeto al idioma del poder. Porque el idioma de la conveniencia es el idioma de la razón de Estado, es el idioma del poder. Los pensadores liberales querían hablar con el principio en el idioma que él comprendiera, y creyeron que la mejor manera de convencer al principio de que debe observar imperativos de respeto es demostrando que, con ello, él gana —que el respeto compensa. O sea, ellos intentaron resolver un problema ya no jurídico-moral, sino político-psicológico, ya no de fundamentación, sino de motivación. *“Ma se dimostrerò non essere la morte né utile né necessaria, avrà vinto la causa dell’umanità”*⁷⁸ Los autores liberales supusieron que solamente argumentos de utilidad y necesidad consiguen motivar al poder, que las consideraciones de respeto a la humanidad están formulados en un idioma que el poder no entiende.

6. La tarea

Con esto, parece que queda claro cuál es el camino a seguir. La causa de la humanidad es independiente de consideraciones de utilidad y necesidad. Defenderla con argumentos de ese orden es convertirla en algo contingente, ponderable y, principalmente, hacerla desaparecer tras consideraciones que le son externas. El camino comienza, así, por una estricta separación entre conveniencia y respeto, entre lo hipotético y lo categórico, y su objetivo es hacer visibles los diversos puntos ciegos que la argumentación de la conveniencia no permite ver. En esos puntos ciegos se encuentran los verdaderos fundamentos de las barreras mencionadas que componen la tradición liberal, pues solamente ellos explican por qué estas barreras se entienden como límites no contingentes y no ponderables. La dificultad de la tarea es enorme, pero no se puede calificar de irrealizable. De cierta manera, se asemeja a un trabajo de autoanálisis: los puntos de llegada ya están relativamente claros, la pregunta es por qué realmente los defendemos. Aquí será necesario superar prejuicios reduccionistas sobre la naturaleza de lo racional y de lo científico. Al lado de la racionalidad instrumental de la conveniencia, hay que reconocer la racionalidad deontológica del respeto; y lo científico ha de tener espacio no solamente para proposiciones empíricas, sino también para conocimientos *apriori*.

Solamente cuando se entiende que el mal de los crímenes y penas sin ley no es que no se produzca la intimidación general y que la legalidad penal es un elemento de civilización del ejercicio del poder por parte del Estado⁷⁹; que el mal de la tortura no radica en que no descubra

⁷⁸ BECCARIA, *Delitti*, § XXVIII.

⁷⁹ GRECO, *Lebendinges*, pp. 261 y ss., 266 y s.

la verdad o que sea incontrolable, sino en la negación del torturado como ser dotado de voluntad⁸⁰; que el mal de la pena de muerte no está en su ineficacia preventiva, sino en el hecho de que el Estado que mata a alguien que ya está bajo su guarda no puede más alegar que ejerce su poder en nombre de ese alguien⁸¹; que el mal de las penas desproporcionadas y crueles es su injusticia y crueldad, y el de las prisiones inhumanas, su falta de humanidad; que el mal de las incriminaciones moralistas no es la falta de un bien jurídico, sino la falta de respeto a la privacidad y a la autonomía de los ciudadanos⁸² – solamente entonces se habrá reconstruido la tradición liberal como algo más que una serie de recomendaciones hipotéticas a ser seguidas por un principio prudente, mientras y en la medida en que le convenga; solamente entonces se hará justicia a la autocomprensión de esa tradición que proclama una serie de imperativos categóricos, obligatorios para todo principio que pretenda ser más que un jefe de *magna latrocinia*⁸³.

7. Bibliografía

Manuel ABANTO VASQUEZ (2006), “El llamado Derecho penal de enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, BdF, Montevideo/Buenos Aires.

Hans ACHENBACH (1984), „Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld“ en Bernd SCHÜNEMANN (coord.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, De Gruyter Berlin/New York, págs. 135 y ss.

Peter-Alexis ALBRECHT (2005), „Krieg gegen den Terror. Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht“, *ZStW* (117), págs. 852 y ss.

Rafael ALCÁZER GUIRAO (2002), “Prevención y garantías: Conflicto y síntesis”, *Doxa* (25), págs. 149 y ss.

Robert ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.

Germán ALLER (2006), “El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, vol. I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 79 y ss.

Ludwig Harscher von ALMENDINGEN (1803), *Darstellung der rechtlichen Imputation*, Tasché & Müller, Gießen.

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (2001), *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada.

⁸⁰ GRECO, *Lebendiges*, p. 186; más extensamente EL MISMO, *InDret 4/2007* p. 4, nota 2.

⁸¹ GRECO, *Lebendiges*, p. 180 y ss.

⁸² GRECO, *ZIS*, 2008, pp. 237 y ss.; *idem*, EL MISMO, *Lebendiges*, p. 351.

⁸³ SAN AGUSTÍN, *Vom Gottesstaat*, vol. I, trad. THIMME (ed. Arthemis Verlag, Zurich), Libro 4, Cap. 4, p. 213.

Johs ANDENAES (1974), *Punishment and Deterrence*, Univ. of Mich, Michigan.

Alejandro APONTE (2002), *Krieg und Feindstrafrecht*, Nomos, Baden Baden.

EL MISMO (2006), "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad" en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 163 y ss.

EL MISMO (2006), "Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra" en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 205 y ss.

Ivo APPEL (1998), *Verfassung und Strafe*, Duncker und Humblot, Berlin.

EL MISMO (1999), „Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?“, *KritV* (82), págs. 278 y ss.

Jörg ARNOLD (2006), „Zum Geleit: Ende der Gespensterjagd und Beginn der wissenschaftlichen Debatte“ en Thomas UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Berlin, págs. 13 y ss.

Andrew ASHWORTH (2006), *Principles of Criminal Law*, 5^a. ed., Oxford University Press, Oxford.

João Benedito de AZEVEDO MARQUES (1993), "Sanção inconstitucional, inócula e cruel" en João Benedito de AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, Cortez: Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, págs. 41 y ss.

Aurelius AUGUSTINUS (2007), *Vom Gottesstaat*, vol. I, (trad. THIMME), Arthemis Verlag, Zurich, Libro 4, Cap. 4.

Karen BAGGE (2002), „Die Anwendung der Todesstrafe in den USA“ en Christian BOULANGER (coord.), *Zur Aktualität der Todesstrafe*, 2. ed., Berlin-Verl. Spitz, Berlin, págs. 65 yss.

William C. BAILEY/Ruth D. PETERSON (1997), „Murder, Capital Punishment, and Deterrence: A Review of the Literature“ en Hugo Adam BEDAU (coord.), *The Death Penalty in America*, Oxford University Press, New York/Oxford, págs. 135 y ss.

William C. BAILEY (1998), "Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty: Another Examination of Oklahoma's Return to Capital Punishment", *Criminology* (36), págs. 711 y ss.

Nilo BATISTA (1999), *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4^a ed., Revan, Rio de Janeiro.

José Roberto BATOCHIO (1993), "Pena de morte: a grande mentira" en João Benedito de AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, Cortez: Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, págs. 63 y ss.

Anton BAUER (1830), *Die Warnungstheorie, nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen.

EL MISMO (1827), „Versuch einer Berichtigung der Theorie des psychischen Zwanges“, *NArchCrimR*, págs. 429 y ss.

Jürgen BAUMANN (1969), *Weitere Schriften zur Strafrechtsreform*, Giesecking, Bielefeld.

Michael BAURMANN (1994), „Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention“, *GA*, págs. 368 y ss.

Cesare BECCARIA (1984), "Dei delitti e delle pene" en Luigi FIRPO (coord.), *Opere*, vol. I, Milán, págs. 15 y ss.

Hugo Adam BEDAU (2004), "An Abolitionist's Survey of the Death Penalty in America Today" en Hugo Adam BEDAU/Paul G. CASSELL (coords.), *Debating the Death Penalty*, Oxford University Press, Oxford, págs. 15 y ss.

Jeremy BENTHAM (1996), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford.

EL MISMO (1830), *The Rationale of Punishment*, Thomson Gale, London.

Deryck BEYLEVELD (1980), *A Bibliography on General Deterrence Research*, Ashgate Northamptonshire, págs. 171 y ss.

Hélio BICUDO (1993), "Contribuição ao debate da pena de morte", en João Benedito de AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, Cortez: Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, págs. 29 y ss.

Charles BLACK JR. (1981), *Capital Punishment: The Inevitability of Caprice and Mistake*, 2^a ed., Norton, London/New York.

Paul BOCKELMANN (1962), „Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe“ en Reinhart MAURACH, *Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten*, Piper, München, págs. 137 y ss.

EL MISMO (1961), „Vom Sinn der Strafe“, *Heidelberger Jahrbücher* (5), págs. 25 y ss.

William J. BOWERS/Glenn L. PIERCE (1980), „Deterrence or Brutalization: What is the Effect of Executions?“ *Crime & Delinquency* (26) págs. 453 y ss.

LOS MISMO (1980), „Arbitrariness and Discrimination under Post-Furman Capital Statutes“ *Crime & Delinquency* (26), págs. 563 y ss.

Stephen B. BRIGHT (1997), „Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer“ en Hugo Adam BEDAU (coord.), *The Death Penalty in America*, Oxford University Press, New York/Oxford, págs. 257 y ss.

EL MISMO (2004), „Why the United States Will Join the Rest of the World in Abandoning Capital Punishment“ en Adam BEDAU/Paul CASSELL (coords.), *Debating the Death Penalty*, Oxford University Press, Oxford, págs. 152 y ss.

Winfried BRUGGER (1996), „Darf der Staat ausnahmsweise foltern?“, *Der Staat* (35), págs. 66 y ss.

EL MISMO (2000), „Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?“, *JZ*, (4), págs. 165 y ss.

EL MISMO (2004), *Freiheit und Sicherheit*, Nomos, Baden Baden, págs. 56 y ss.

EL MISMO (2005), „Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung“ en Peter NITSCHKE, (coord.), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? : eine Verortung*, Kamp, Bochum, págs. 107 y ss.

Jean Pierre CAMUS (1961), „Die Guillotine“, (trad. MEISTER) en Arthur KOESTLER (coord.), *Die Rache ist mein*, Battenberg, Stuttgart, págs. 161 y ss.

Johann Jakob CELLA (1787), *Über Verbrechen und Strafe in Unzuchtfällen*, Saarbrücken,

José CEREZO MIR (2004), *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, vol. I, Tecnos, Madrid,

Dale O. CLONINGER/Roberto MARCHESINI (2001), „Execution and Deterrence: a Quasi-Controlled Group Experiment“, *Applied Economics* (33), págs. 569 y ss.

John COCHRAN/Mitchell CHAMLIN (2000), „Deterrence and Brutalization: The Dual Effects of Executions“, *Justice Quarterly* (17), págs. 685 y ss.

Eduardo CORREIA (1967), „La peine de mort“ en *Pena de morte*, vol. I, Coimbra, págs. 23 y ss.

Eduardo DEMÉTRIO CRESPO (2006), „El Derecho penal del enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado Derecho penal del enemigo y la idea de seguridad“ en Manuel CANCIO

MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 473 y ss.

Ludwig von DER PFORDTEN (2006), „Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt?“ en Wolfgang LENZEN (coord.), *Ist Folter erlaubt?*, Mentis, Paderbon, págs. 149 ss.

Alan M. DERSHOWITZ (2002), *Why Terrorism Works*, New Haven, London, págs. 150 y ss.

EL MISMO (2004), “Tortured Reasoning”, en Sanford LEVINSON (coord.), *Torture. A Collection*, Oxford University Press, New York, págs. 257 y ss.

Silvio DOBROWOLSKI (1985), “A pena de norte” en Benedito CALHEIROS BONFIM (coord.), *Pena de morte*, Rio de Janeiro, págs. 179 y ss.

Massimo DONINI (2006), “El Derecho penal frente al enemigo” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 603 y ss.

Eduard DREHER (1972), *Für und wider die Todesstrafe, en: Bemühungen um das Recht*, München, 1972, págs. 81 y ss.

Markus DUBBER (2005), „Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie“, *ZStW* (117), págs. 485 y ss.

Mario DURÁN MIGLIARDI (2006), “El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 725 y ss.

Klaus ELLBOGEN (2005), „Zur Unzulässigkeit der Folter (auch) im präventiven Bereich“, *Jura* (), págs. 339 y ss.

Karl ENGISCH (1965), *Vom Weltbild des Juristen*, Winter, Heidelberg, , 2^a ed, págs. 15 y ss.

Avishai EHRLICH/Margret JOHANNSEN (2002), „Folter im Dienste der Sicherheit?“ en Jana HASSE Y OTROS (coords.), *Menschenrechte*, Nomos, Baden-Baden, págs. 332 y ss.

Isaac EHRLICH (1975), “The Deterrent Effect of Capital Punishment”, *The American Economic Review* (65) págs. 397 y ss.

Volker ERB (2005), „Nothilfe durch Folter“, *Jura*, (1), págs. 24 y ss.

EL MISMO (2005), “Notwehr als Menschenrecht”, *NStZ*, (11), 2005, págs. 593 y ss.

EL MISMO (2006), „Folterverbot und Notwehrrecht“ en Wolfgang LENZEN (coord.), *Ist Folter erlaubt?*, Mentis, Paderborn, págs. 19 y ss.

EL MISMO (2005), „Folterverbot und Notwehrrecht“ en Peter Nitschke (coord.), *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?*, Kamp, Bochum, págs. 149 y ss.

Albin ESER (2000), „Schlußbetrachtungen“ en Albin ESER (coord.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, München, págs. 437 y ss.

M. Watt ESPY, (1980), “Capital Punishment and Deterrence. What the Statistics Cannot Show” *Crime & Delinquency* (26), págs. 537 y ss.

A. C. EWING (1963), „Armstrong on the Retributive Theory“, *Mind* (72) págs. 121 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2006), “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 799 y ss.

Franz EXNER (1922), *Gerechtigkeit und Richteramt*, Meiner, Leipzig.

EL MISMO (1975), “Deterrence: Evidence and Inference”, *The Yale Law Journal* (85) págs. 209 y ss.

Paul Johann Anselm von FEUERBACH (1797), *Anti-Hobbes*, Gießen, (reimpresión Darmstadt, 1967).

EL MISMO (1798), „Ist Sicherung vor dem Verbrecher Zweck der Strafe und ist Strafrecht Präventionsrecht?“ en *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* (cit. *BpRW*) Teil I St. II, págs. 3 y ss.

EL MISMO (1798), *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Erfurt.

EL MISMO (1799), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Erfurt, (reimpresión Aalen 1966).

EL MISMO (1800), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. II, Chemnitz, (reimpresión Aalen 1966).

EL MISMO (1800), *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung der kleinischen Strafrechtstheorie*, Chemnitz.

EL MISMO (1804), „Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede“ en Klaus LÜDERSSEN (coord.), *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt, 1968, primera publicación en 1804.

EL MISMO (1804), *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, vol. I., Giessen, 1804, (reimpresión Frankfurt, 1988).

EL MISMO (1812), “Die Aufhebung der Folter in Baiern” en *Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung*, Landshut, p. 239 y ss.

EL MISMO (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14^a. ed., Mittermaier, Giessen.

Gaetano FILANGIERI (2003), *La Scienza della Legislazione*, Napoli, (reimpresión de la edición de Paris, 1853; primera publicación en 1780), pág. 184 y ss.

Michel FOUCAULT (1976), *Überwachen und Strafen*, (trad. SEITTER), Suhrkamp, Frankfurt a. M.

Roland FREISLER (1935), „Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters?”, *DStR*, págs. 1 y ss.

EL MISMO (1936), «Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände», *ZStW* (55), págs. 503 y ss.

FRIEDRICH II (1749), „Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen“ en Gustav VOLZ (coord.), *Die Werke Friedrichs des Großen in deutschen Übersetzung*, (trad. OPPELN-BRONOWSKI) Reimar-Hobbing, Berlin, págs. 22 y ss.

Wolfgang FRISCH (1993), „An den Grenzen des Strafrechts“ en Winfried KÜPER (coords), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Müller, Heidelberg, págs 69 y ss.

Carlos GARCÍA VALDÉS (1992), “Pena capital. Estado actual de la cuestión” en Carlos GARCÍA VALDÉS (coord.), *Temas de derecho penal. Penología, parte especial, proyectos de reforma*, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid: Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 11 y ss.

Peer GEBAUER (2004), “Zur Grundlage des absoluten Folterverbots”, *NVwZ*, págs. 1405 y ss.

Rudolph J. GERBER (2004), „Economic and Historical Implications for Capital Punishment Deterrence“, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* (18), págs. 437 y ss.

Hans Ernst GLOBIG/Johann Georg HUSTER (1783), *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, Füszli, Zürich.

José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (2007), *Feindstrafrecht. Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates*, Lit Verlag, Berlin.

Karl Heinz GÖSSEL (2006), „Widerrede zum Feindstrafrecht. Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen“ en Andreas HOYER (coord.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, C. F. Müller, Heidelberg, págs. 33 y ss.

Luis GRACIA MARTÍN (2005), “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo” RECPC (07-02), págs. 38 y ss.

EL MISMO (2006), “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 1051 y ss.

Luís GRECO (2008), *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?*, ZIS, 2008, p. 234 y ss.

EL MISMO (2009), *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Duncker & Humblot, Berlin.

EL MISMO (2004), “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (49), págs. 89 y ss.

EL MISMO (2006), “Acerca del llamado Derecho penal del enemigo” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.I, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 1081 y ss.

EL MISMO (2007), “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs” *InDret 4/2007* (www.indret.com)

Maria Stella GREGORI/Tulio KAHN (1993), “A volta de um velho debate”, en João Benedito de AZEVEDO MARQUES (coord.), *Reflexões sobre a pena de morte*, Cortez: Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, págs. 85 y ss.

Karl GROLMAN (1798), *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1^a ed., Gießen (reimpresión Glashütten im Taunus 1970).

Manuel Salvador GROSSO GARCÍA (2006), “Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.II, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 1 y ss.

Klaus GÜNTHER (2006), „Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?“ en Gerhard BEESTERMÖLLER (coord.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht*, Beck, München, págs. 101 y ss.

Cristoph GUSY (2005), „Christian Thomasius: Über die Folter (1705)“, *NJW*, (5), págs. 239 y ss.

Kai HART-HONIG (1992), *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin.

Winfried HASSEMER (2006), „Sicherheit durch Strafrecht“, *StV*, págs. 321 y ss.

EL MISMO (1990), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^a ed., Beck, München.

EL MISMO (1998), „Variationen der positiven Generalprävention“ en Bernd SCHÜNEMANN/ Andrew Ashworth, (coords.), *Positive Generalprävention*, C.F. Müller, Heidelberg, págs. 29 y ss.

EL MISMO (1992), „Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts“, *ZRP*, págs. 378 y ss.

EL MISMO (1988), „Unverfügbares im Strafprozeß“ en A. KAUFMANN (coord.), *Festschrift für Werner Maihofer*, Klostermann, Frankfurt a. M., págs. 183 y ss.

Richard Mervyn HARE (1981), *Moral Thinking*, Clarendon Pr. Oxford.

Günter HAURAND/Jürgend VAHLE (2003), “Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, (22), págs. 514 y ss.

Roland HEFENDEHL (2004), “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts“, *GA* 2007, págs. 1 y ss.

Edward HENKE (1809), *Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft*, vol. II, Sulzbach.

Heinrich HENKEL (1933), *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg,

Carl Theodor HEPP (1829), *Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien*, Heidelberg.

Rolf Dietrich HERZBERG (2005), „Folter und Menschenwürde“, *JZ* (7), págs. 321 ss.

Karl Ferdinand HOMMEL (1998), *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*, Hildesheim, Zürich, New York, Olms-Weidmann.

Roger HOOD (2002), „Die Todesstrafe: Globale Perspektiven“ en Christian BOULANGER (coord.), *Zur Aktualität der Todesstrafe*, 2. ed., Berlin-Verl. Spitz, Berlin, págs. 447 y ss.

Brad HOOKER (2000), *Ideal Code, Real World, a rule-consequentialist theory of morality*, Clarendon Press, Oxford.

Max HORKHEIMER/Theodor W. ADORNO (2004), *Dialektik der Aufklärung*, 15^a ed., Fischer-Taschenbuch-Verl., Frankfurt a. M.

Nelson HUNGRIA (1995), "Sobre a pena de norte" en Benedito CALHEIROS BONFIM (coord.), *Pena de morte*, Rio de Janeiro, págs. 1 y ss.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Berlin/New York.

EL MISMO (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, München, Wien, Zürich, Schöningh.

Günter JEROUSCHEK (2005), „Gefahrenabwehrsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz?“, *JuS* (4), págs. 296 y ss.

Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlin.

Jan C. JOERDEN (2005), „Über ein vermeintliches Recht (des Staates), aus Menschenliebe zu foltern“, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), págs. 495 y ss.

Nikolaus Heinrich JULIUS (1828), *Vorlesung über die Gefängnifß-Kunde*, Berlin.

Heike JUNG (2006), „Wider die neue Straflust!“, *GA*, págs. 724 y ss.

Immanuel KANT (1968), „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ en Wilhem WEISCHEDEL (coord.), *Kritik der praktischen Vernunft; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Kants, vol. VII, Frankfurt a.M., (primera publicación en 1785).

EL MISMO (1993), „Die Metaphysik der Sitten“ en Wilhem WEISCHEDEL (coord.) *Werke*, vol. VIII, Frankfurt a. M., A 197/B 226.

Armin KAUFMANN (1982), *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Heymann, Köln p. 263 y ss.

Arthur KAUFMANN (1959), „Feuerbach, P. J. A. „, en Görres Gesellschaft (coord.), *Staatslexikon*, vol. III, Freiburg, 1959, págs. 253 y ss.

Dieter KELLER (1968), *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*, De Gruyter, Berlin.

Urs KINDHÄUSER (1989), „Personalität, Schuld und Vergeltung“, *GA* págs. 493 y ss.

EL MISMO (2006), „Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein Feindstrafrecht“ en Andreas HOYER (coord.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, C. F. Müller, Heidelberg, págs. 81 y ss.

Arthur KOESTLER (1961), „Die Rache ist mein“, (trad. por BATTENBERG) en Arthur KOESTLER (coord.), *Die Rache ist mein* Battenberg, Stuttgart, , págs. 9 y ss.

Heinz KORIATH (2004), „Zum Streit um die positive Generalprävention“ en Henning RADTKE Y OTROS (coords.), *Muss Strafe sein?*, Nomos, Baden-Baden, págs. 49 y ss.

Volker KREY (1983), *Keine Strafe ohne Gesetz*, De Gruyter, Berlin / New York.

Karl-Ludwig KUNZ (1986), „Prävention und gerechte Zurechnung“, *ZStW* (98) págs. 823 y ss.

EL MISMO (2005), „Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung“ en Jörg ARNOLD (coord.), *Festschrift für Albin Eser*, Beck, München, págs. 1375 y ss.

Wilfried KÜPER (1967), *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, De Gruyter, Berlin.

Mordechai KREMNITZER (1989), „The Landau Commission Report“, *Israel Law Review* (23), págs. 216 y ss.

Bernhard KRETSCHMER (2003), “Folter in Deutschland“, *Recht und Politik*, págs. 102 y ss.

Arthur KREUZER (2005), „Zur Not ein bisschen Folter?“, en Peter Nitschke (coord.), *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?*, Kamp, Bochum, págs. 44 y ss.

Otto LAGODNY (1996), „*Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*“, Mohr, Tübingen.

Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE (1997), *Discurso sobre las penas*, Comares, Granada.

Charles E. LARMORE (1987), *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 132 y ss.

Stephen K. LAYSON (1985), „Homicide and Deterrence: A Reexamination of the United States Time Series Evidence“, *Southern Economic Journal* (52), págs. 68 y ss.

Sanford LEVINSON (2003), “Precommitment” and “Postcommitment”: The Ban on Torture in the Wake of September 11“, *Texas Law Review* (81), págs. 2013 y ss.

Moritz LIEPMANN (1921), „Gutachten über die Frage „Ist die Todesstrafe im künftigen deutschen und österreichischen Strafgesetzbuch beizubehalten?“, *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages*, vol. II, Berlin, págs. 572 y ss.

Georg LOHMAN (2002), „Überlegungen zur Todesstrafe aus philosophischer Sicht“ en Christian BOULANGER (coord.), *Zur Aktualität der Todesstrafe*, 2. ed., Berlin-Verl. Spitz, Berlin, págs. 25 y ss.

Klaus LÜDERSSEN (1971), “Feuerbach, Paul Johann Anselm v.” en ERLER/KAUFMANN (coords.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. I, Berlin, págs. 1119 y ss.

Roderich MARTIS (1991), *Die Funktionen der Todesstrafe: eine kritische Analyse zur Realität der Todesstrafe in der Gegenwart*, Forum-Verl.Godesberg, Bonn, págs. 190 y ss.

Reinhart MAURACH (1960), „Juristische Argumente gegen die Todesstrafe“ en Martin DORFMÜLLER (part.), *Todesstrafe? Theologische und juristische Argumente*, Kreuz-Verl, Stuttgart, págs. 24 y ss.

Santiago MIR PUIG (2005), *Derecho Penal, Parte general*, 7^a ed., Barcelona, 2005, § 3 nm. 18.

EL MISMO (2003), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2^a. ed. Montevideo/Buenos Aires.

Carl Joseph Anton MITTERMAIER (1819), *Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*, Bonn.

Amit MITRA (1987), “Capital Punishment in the Indian Sub-Continent”, *Revue Internationale de Droit Pénal* (58), págs. 451 y ss.

Juan Luis MODOLELL GONZÁLEZ (2006), “El Derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.II, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 321 y ss.

Heinz MOHNHAUPT (1995), „Feuerbach, Paul Johann Anselm von“ en Michael STOLLEIS (coord.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, München, págs. 201.

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (2006), “La ponderación de intereses in situaciones de necesidad extrema: es justificable la tortura?” en Antonio CUERDA RIEZU (coord.), *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*, Dykinson, Madrid, págs. 265 y ss.

Charles Louis De Secondat MONTESQUIEU (1748), *Oeuvres completes*, Seuil, Paris.

Reinhard Moos (1989), „Positive Generalprävention und Vergeltung“ en Walter MELNIZKY/ Otto F. MÜLLER (coords.), *Festschrift für Franz Pallin*, Manz, Wien, págs. 283 y ss.

Rod MORGAN (2000), "The Utilitarian Justification of Torture", *Punishment and Society* (2), págs. 181 y ss.

Heinz MÜLLER-DIETZ (1985), „Integrationsprävention und Strafrecht“ en Theo VOGLER (coord.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin, págs. 813 y ss.

Francisco MUÑOZ CONDE (2003), *El derecho penal del enemigo*, México D. F.

Stephen NATHANSON (1985), "Does It Matter If the Death Penalty is Arbitrarily Administered?", *Philosophy & Public Affairs* (14), págs. 149 y ss.

Wolfgang NAUCKE (2000), *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Nomos, Baden-Baden.

EL MISMO (2003), „Fragen an Feuerbachs Staatsbegriff“, *ARSP-Beiheft* (87), págs. 41 y ss.

Ulfried NEUMANN (2006), „Feindstrafrecht“ en Thomas UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Berlin, págs. 299 y ss.

Friedrich NOWAKOWSKI (1961), „Die Todesstrafe in Österreich“ en Arthur KOESTLER (coord.), *Die Rache ist mein*, Battenberg, Stuttgart, , págs. 323 y ss.

George M. OBERMAIER (1835), *Anleitung zur vollkommenen Besserung der Verbrecher in den Strafanstalten*, Kaiserslauten.

Von A. S. OERSTED (1818), *Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung*, Gyldendal, Kopenhagen.

Íñigo ORTIZ URBINA GIMENO (2004), "Análisis económico del derecho y política criminal" *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, n^o extraordinario (2) págs. 31 y ss.

Daniel R. PASTOR (2006), *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona.

EL MISMO (2006), "El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional" en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v. II, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 475 y ss.

Miguel POLAINO NAVARRETE (2008), *Introducción al Derecho Penal*, Lima.

Ralf POSCHER (2006), „Menschenwürde als Tabu“ en Gerhard BEESTERMÖLLER (coord.), *Rückkehr der Folter*, Beck, München, págs. 50 y ss.

Cornelius PRITTWITZ (1995), „Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?“ en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (coord.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M., págs. 387 y ss.

EL MISMO (2003), “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?” en Santiago MIR PUIG/Mirentxu CORCOY BIDASOLO (coords.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Madrid, págs.. 107 y ss.

Gustav RADBRUCH (1992), „Zur Todesstrafe“ en Rudolph WASSERMANN, *Gesamtausgabe*, vol. 9, Heidelberg, (primera publicación en 1928), págs. 302 y ss.

EL MISMO (1992), „Das Ende der Todesstrafe“ en Rudolph WASSERMANN, *Gesamtausgabe*, vol. 9, Heidelberg, (primera publicación en 1928), págs. 339 y ss.

EL MISMO (1929), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7^a e 8^a ed., Quelle & Meyer, Leipzig.

Markuss RAESS, *Der Schutz vor Folter im Völkerrecht*, Schulthess, Polygraphischer Verl., Zürich.

Jeffrey H. REIMAN (1985), „Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag“, *Philosophy & Public Affairs* (14), págs. 115 y ss.

Karl David August RÖDER (1850), *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, Heidelberg.

EL MISMO (1850), „Zur Verständigung über das Verhältnis der Einzelhaft zur Strafgesetzgebung“, *NachCrimR*, págs. 412 y ss.

Claus ROXIN/Gunther ARZT/Klaus TIEDEMANN (1994), *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 3^a ed., Müller, Jur. Verl, Heidelberg.

Claus ROXIN (2005), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a ed., vol. I, Beck, München.

EL MISMO (2005), „Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?“ en Jörg ARNOLD (coord.), *Festschrift für Albin Eser*, Beck, München, págs. 461 y ss.

EL MISMO (2006), „Rettungsfolter?“ en Rainer GRIESBAUM, *Festschrift für Kay Nehm*, Berliner Wiss., Berlin, págs. 161 y ss.

EL MISMO (2005), „Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?“ en Roland HEFENDEHL (coord.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Heymann, Köln/Berlin/München, págs. 135 y ss.

Frank SALIGER (2006), „Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?“ *JZ*, p. 756 y ss.

Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ (2006), “Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.II, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 845 y ss.

Friedrich SCHAFFSTEIN (1963), „Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht“ Leipziger Juristenfakultät (coord.), *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt*, págs. 49 y ss.

Joanna M. SHEPHERD (2005), “Deterrence versus Brutalization: Capital Punishment’s Differing Impacts Among States”, *Michigan Law Review* (104), págs. 203 y ss.

Lorenz SCHULZ (2000), „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht“, *ZStW* (112), págs. 653 y ss.

EL MISMO (2006) “Friktionen einer Fiktion. Jakobs Strafrecht für Feinde” en Thomas UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Berlin, págs. 315 y ss.

Eberhard SCHMIDT (1965), *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3^a ed., Göttingen.

Hendrik SCHNEIDER/Geraldine MORGUET (2006), „Gefährliches Strafrecht. Zu den Grenzen avantgardistischer Strafrechtsdogmatik“ en Thomas UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Berlin, págs. 335y ss.

Bernd SCHÜNEMANN (2003), „Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation“ en: Roland HEFENDEHL (coord.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden Baden, págs. 133 y ss

EL MISMO (2001), „Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende“ *GA*, págs. 205 y ss.

EL MISMO (2006), „Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!“ en Ranier GRISBAUM (coord.), *Festschrift für Kay Nehm*, págs. 219 y ss.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1996), “Eficiencia y Derecho Penal”, *ADPCP* (49), págs. 93 y ss.

Ernst SPANGENBERG (1821), *Ueber die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher, mittelst des Pönitentiärsystems, als den einzigen zulässigen Zweck jeder Strafe*, Landshut.

Susanne STEINHOFF (2006), „Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist“ en Wolfgang LENZEN, *Mentis*, Paderborn, págs. 173 y ss.

Bryan STEVENSON (2004), “Close to Death: Reflections on Race and Capital Punishment in America” en Hugo Adam BEDIAU/Paul CASSELL (coords.), *Debating the Death Penalty*, Oxford University Press, Oxford, págs. 76 y ss.

George STIGLER (1974), “The Optimum Enforcement of Laws” en Gary Stanley BECKER (coord.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York/London, 1974, p. 55 y ss.

Günter STRATENWERTH (1978), „Juristische Erwägungen zur Todesstrafe“ en AA.VV., *Nein zur Todesstrafe. Ein Podium von Amnesty International*, Friedrich Reinhardt Verlag, Basel Basel, págs. 37 y ss.

EL MISMO (1998), „Zum Begriff des Rechtsgutes“ en Albin ESER (coord.), *Festschrift für Lenckner*, Beck, München, págs. 377 y ss.

Günter STRATENWERH/Lothar KUHLEN (2004), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Stämpfli, Köln/Berlin/München.

Franz STRENG (1989), „Schuld ohne Freiheit?“, *ZStW* (101), págs. 273 y ss.

EL MISMO (2006), „Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht“ en Thomas UWER (coord.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Berlin, págs. 227 y ss.

Anton Friedrich Justus THIBAUT (1802), *Beyträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts*, Hamburg.

Miguel TORGA (1995), “Pena de norte” en Benedito CALHEIROS BONFIM (coord.), *Pena de morte*, Rio de Janeiro, págs. 39 y ss.

José URQUIZO OLACHEA (2006), “Derecho penal del enemigo” en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.II, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 1031 y ss.

Joachim VOGEL (1996), „Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, *StV* (2), págs. 110 y ss

Thomas VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin/Heidelberg, 2009;

Gerd H. WÄCHTER (1987), *Strafrechtliche Aufklärung*, Univ. Frankfurt. Diss.

Fabian WITTRECK (2003), „Menschenwürde und Folterverbot“, *DöV*, págs. 873 y ss.

EL MISMO (2005), „Menschenwürde als Foltererlaubnis?“ en Günter GEHL (coord.), *Folter – Zulässiges Instrument im Rechtsstaat?*, Bertuch, Weimar, págs. 37 y ss.

EL MISMO (2005), „Achtungs- gegen Schutzpflicht? Zur Diskussion und Menschenwürde und Folterverbot“ en Ulrich BLASCHKE Y OTROS (coords.), *Sicherheit statt Freiheit?*, Duncker & Humblodt, Berlin, págs. 161 y ss.

Norbert WELSCH (2003), „Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaates?“, *BayVBl*, pp. 481 y ss.

Guillermo YACOBUCCI (2006), „El dilema de la legalidad en el Derecho penal“ en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA, (coords.), *El Derecho Penal del Enemigo*, v.II, BdF, Montevideo/Buenos Aires, págs. 1073 y ss.

Carl August ZELLER (1824), *Grundriß der Strafanstalt, die als Erziehungsanstalt bessern will*, Stuttgart/Tübingen.

Ole ZIEGLER (2004), „Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis“, *KritV*, págs. 50 y ss.

Ugljesa ZVEKIC/Takashi KUBO (1987), „Main Trends in Research on Capital Punishment – 1979-1986“, *Revue Internationale de Droit Pénal* (58), págs. 533 y ss.