

ACTAS DO COLÓQUIO  
A PENA E O TEMPO  
PROCEEDINGS OF THE SYMPOSIUM  
PUNISHMENT AND TIME

COORDENAÇÃO · COORDINATION

J. M. Aroso Linhares  
Inês Fernandes Godinho

AUTORES

Urs Kindhäuser  
Alexander Aichele  
Joachim Renzikowski  
José de Faria Costa



· U ·  
INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA







**ACTAS DO COLÓQUIO**  
**A PENA E O TEMPO**

**PROCEEDINGS OF THE**  
**SYMPOSIUM**  
**PUNISHMENT AND TIME**

**11 de Março de 2017**

**11<sup>th</sup> March 2017**

**Autores**

Urs Kindhäuser  
Alexander Aichele  
Joachim Renzikowski  
José de Faria Costa

**Introdução · Introduction**

J. M. Aroso Linhares

**Coordenação · Coordination**

J. M. Aroso Linhares  
Inês Fernandes Godinho

**2017**

O presente trabalho foi realizado no âmbito das atividades do Grupo de Investigação “O Direito e o Tempo” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/ DIR04643/2013)

This book is published as part of the activities of the Research Group “Law and Time” of the Legal Institute for Legal Research of the University of Coimbra Faculty of Law, under the Project “Social Challenges, Uncertainty and Law” (UID/ DIR04643/2013)

TÍTULO

Actas do Colóquio a Pena e o Tempo

EDIÇÃO

Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO/EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

geral@fd.uc.pt

www.ij.f.d.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-38-9

DEPÓSITO LEGAL

438580/18

# COLÓQUIO

A Pena e o Tempo  
Grupo O Direito e o Tempo

11 de Março de 2017 · 9h30

Sala 8 da Faculdade de Direito de Coimbra

## PROGRAMA

*La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión*  
Prof. Doutor Urs Kindhäuser | Universidade de Bonn:

*Time Is Punishment. Some Remarks concerning Augustine's Treatise on Time*  
Doutor Alexander Aichele | Universidade de Halle-Wittenberg

*Punishment as suspension*  
Prof. Doutor Joachim Renzikowski | Universidade de Halle-Wittenberg

*A Pena e o Tempo: algumas reflexões*  
Prof. Doutor José de Faria Costa | Universidade de Coimbra

Apoio:



Faculdade de Direito  
Universidade de Coimbra



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Inscrições em [www.ij.fد.uc.pt](http://www.ij.fد.uc.pt) | Certificado: 10€





## INTRODUÇÃO

Será que as nossa circunstância prático-cultural nos permite explorar o mundo do direito e do pensamento jurídico a partir da perspectiva do *tempo* e da *temporalidade* sem envolver (enquanto horizonte reflexivo mais ou menos explícito) um problema de *identidade* e de *limites* dirigido ao próprio direito? Eu diria que não permite. A presença deste núcleo temático, com as questões condutoras que lhe correspondem (muitas vezes embora sob a máscara perturbante de uma *presença-ausência*), parece de facto inevitável, mesmo quando a exploração em causa se concentra num domínio dogmático específico ou ainda quando tal abordagem cuida exclusivamente das possibilidades do *tempo linear* (abstraindo das projecções do tempo prático-existencial e da sua permanente *reescrita da memória*). Tal juízo é tanto mais significativo quanto é certo que estes problemas de *sentido* e de *limites*, levados efectivamente a sério (abrindo-nos a possibilidade de respostas positivas ou negativas!), nos arrastam irresistivelmente para uma interpelação-*limite*,

## INTRODUCTION

Do our present practical-cultural circumstances allow us to explore the world of Law and legal thinking from the perspective of *time* or *temporality* without involving (as a more or less explicit reflexive horizon) a problem of *identity* and *limits* concerning Law itself? I would say they don't. The presence of this problematic core, with the corresponding leading questions (although frequently under the mask of a troubling *presence-absence*), seems in fact unavoidable, even when the exploration at stake chooses a very specific or concentrated dogmatic field or when it appears exclusively concerned with the possibilities of *linear time* (abstracting from the projections of *practical-existential time* and its permanent *re-writing of memory*). This judgment is all the more significant as it is certain that those leading questions about *sense* and *limits*, whilst seriously taken (whilst opening up the possibility of positive or negative answers!), compel us irresistibly to a *limit*-interpellation, precisely the one which asks if Law — a certain Law, *inscribed* in the

precisamente aquela que pergunta se o direito — um certo direito, *inscrito* na construção-desenvolvimento do que poderemos chamar a *Ideia da Europa* ou as *possibilidades* do Texto do Ocidente — deve ou não merecer (no presente contexto) a identidade prático-cultural de um projecto-*projectar* (*proicere*), este concebido como uma *ocasio* específica de criação de sentidos comunitários. O busílis está precisamente nesta formulação *projectar* (explicitamente assimilada da compreensão heideggeriana da *historicidade constitutiva*), entenda-se, no modo como este *significante* (mobilizando *significados* precisos justificados pela experiência da *Geworfenheit* ou do *ser-lançado no mundo*) identifica o desenvolvimento de um *círculo* prático-cultural autónomo enquanto experiência simultânea de *lançar* e de *ser lançado* (no seu próprio *lançar*), com a coerente recusa da *necessidade* e da *contingência*. Considerada como uma tensão constitutiva permanente entre *continuidade* e *mudança* — envolvendo uma *autodisponibilidade* comunitária que é simultânea e inextricavelmente *autotranscendentalidade* —, este *projectar* recusa efectivamente por um lado a natureza pré-determinada de um *plano* (no sentido ôntico ou ontoteológico consagrado pela compreensão pré-moderna de uma *ordem de excelências* a-histórica), na mesma medida em que por outro lado rejeita a identidade de um *programa* (no sentido pragmático e finalístico que a *Zweckerationalität* moderna auto-subsistentemente justifica). É como se (no nosso esforço continuado de reconsiderar a herança do Ocidente e o seu património

deployment of what may be called the *Idea of Europe* or the *possibilities* of the Western Text— should or should not (in the present context) merit the practical-cultural identity of a project-*projecting* (*proicere*), conceived of as a specific *ocasio* for the creation of communitarian meanings. The knotty point lies precisely in this formulation *projecting* (explicitly borrowed from Heidegger's understanding of *constitutive historicity*), i.e. in the way this *signifier* (mobilizing precise *signifieds* justified by an experience of *Geworfenheit* or *thrownness into the world*) identifies the development of a practical-cultural autonomous *circle* as a simultaneous experience of *throwing* and *being thrown* (*in his own throw*), with the coherent refusal of *necessity* and *contingence*. Considered as a permanent constitutive tension between *continuity* and *change* — involving a communitarian *self-availability* which is simultaneously and inextricably *self-transcendentality* —, this *projecting* refuses in fact, on the one hand, the pre-determined nature of a *plan* (in the ontic or ontic-teleological pre-modern sense of a universal a-historical *order of Excellences*), as well as rejecting, on the other hand, the identity of a *program* (in the pragmatic-finalistic sense which modern *Zweckerationalität* self-sufficiently justifies). It is as if (in our ongoing effort to reconsider Western heritage and its present patrimony) the identity of Law as cultural artefact should be reconstituted whilst admitting that some major *signs* or *traces* recognizable in its *initial* steps —for instance, the consecration of *dignity of status* as *comparability* and

presente) a identidade do direito enquanto artefacto cultural devesse ser reconstituída admitindo que alguns dos *sinais* ou *vestígios* reconhecíveis nos seus passos *iniciais* — por exemplo, a consagração da *dignidade de status* enquanto *comparabilidade* e a institucionalização do *audiatur et altera pars* como especificação de uma *tercialidade* subjectiva e objectiva (consagração e institucionalização estas ambas enquanto componentes de uma experiência da *pessoalidade* distintamente jurídica) — persistem na trajectória subsequente como traços de identidade mais ou menos reconhecíveis, se não mesmo como *aspirational desiderata* (Fuller), ainda que permanentemente recriados e transformados (e como tal inscritos-*imersos* num *círculo produtivo* de construção, reprodução e realização). Reconhecer esta *persistência trans-contextual* (a qual justifica a plausibilidade de um *argumento de continuidade*) não significa na verdade postular (ou pelo menos consagrar) uma qualquer imunidade ou resistência à contextualização histórica. Bem pelo contrário, significa defender que o *decifrar* crítico-reflexivo dos persistentes *sinais* ou *vestígios* (e do seu potencial de aspiração) se compreende melhor, no contexto da sua indispensável  *tarefa presente*, se (e na medida em que) atribuirmos o papel de mediadores específicos (como tal reconhecíveis) a tais *intenções* ou *aspirações condutoras*, intenções ou aspirações estas cujas práticas, plenamente imersas em «realidades materiais» irrepetíveis, articulam diferentes *factores* ou *dimensões* «sócio-institucionais» e «cultural-espirituais» (Castanheira Neves) e

the institutionalization of *audiatur et altera pars* as a specification of a subjective and objective *terciality* (both of them as components of a distinctively juridical experience of *personhood*)— persist in the subsequent trajectory as more or less explicitly constitutive *features of* identity, if not *aspirational desiderata* (Fuller), albeit permanently recreated and transformed (and as such inscribed-*immersed* in a *productive circle* of construction, reproduction and realization). Recognizing this *trans-contextual persistence* (which justifies the plausibility of an *argument for continuity*) does not mean in fact postulating (or at least consecrating) a kind of immunity or resistance to historical contextualization. On the contrary, it means arguing that a critical-reflexive *deciphering* of the persistent *signs* or *traces* (and their aspirational potential) is best understood in terms of their indispensable *present task* when we attribute the role of specific (recognizable) *mediators* to these *guiding intentions* or *aspirations*, whose practices, fully immersed in unrepeatably material realities, articulate different social-institutional and cultural-spiritual (or cultural-ideological) *factors* or *dimensions* (Castanheira Neves) and the corresponding contexts of signification and realization, together with the diverse problems and solutions which they generate. This assimilation of projecting as *throwing* and *being thrown* enables us in fact to understand how the reference to the same *legacy* (in its *aspirational identity*) generates unequivocally opposed solutions for integration and modes of equilibrium in different

os correspondentes contextos de significação e realização, estes por sua vez inseparáveis dos diversos problemas e soluções que vão gerando. Esta assimilação do *lançar* e *ser lançado* permite-nos na verdade entender como é que a referência ao mesmo *legado* (na sua identidade de *aspiração*) desencadeia soluções de integração e modos de equilíbrio inequivocamente opostos em diferentes ciclos históricos (bem como em ambientes institucionais distintos ou em diversas tentativas de interpretação). Permite-nos também entender porque é que o decifrar crítico-reflexivo da *continuidade* deve ser simultaneamente (e sem paradoxo) concebido enquanto exploração da *diferença* (ainda que não necessariamente *différance*).

A inevitabilidade deste *entrelaçar* reflexivo (com a pluralidade de questões e de respostas que exige) é notavelmente confirmada pelos quatro ensaios que se seguem, os quais correspondem fielmente ao colóquio luso-alemão que, inscrito nas actividades do grupo *O direito e o tempo* (e assim mesmo prosseguindo a «conversação responsável» aberta num encontro anterior<sup>1</sup>), aconteceu em Coimbra com o mote *A pena e o tempo* (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 de Março de 2017).

Sem seguir a ordem da publicação (a qual respeita em pleno a sequência programada para o

historical cycles (as well as in different institutional environments or in different tentative interpretations). It also enables us to understand why the critical-reflexive deciphering of *continuity* should simultaneously (and without paradox) be conceived of as an exploration of *difference* (although not necessarily *différance*).

The unavoidability of this reflexive *intertwinement* (with the plurality of questions and answers it demands) is remarkably confirmed by the four essays which follow. They correspond faithfully to the Luso-German Symposium which, inscribed in the activities of the group *Time and Law* (and pursuing the «responsible conversation» opened up by a previous meeting<sup>1</sup>), took place in Coimbra under the motto *Punishment and Time* (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, the 11<sup>th</sup> March 2017).

Without following the order of publication (which fully respects the symposium's programmed sequence), I'll allude in the first place to the essay proposed by Alexander Aichele («Time is Punishment. Some Remarks Concerning Augustine's Theory of Time»), not only because the perspective at stake is here a purely philosophical one, but also because the level of thematic configuration, whilst moving exclusively *within* St. Augustine's

<sup>1</sup> Refiro-me ao colóquio «O direito penal e o tempo» (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 31 de Outubro de 2015), cujos textos já foram publicados: ver *Actas do colóquio «O direito e o tempo»*, Coimbra, edição do Instituto Jurídico da FDUC, 2016.

<sup>1</sup> I mean the symposium «O direito penal e o tempo» (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 31<sup>st</sup> of October 2015), the texts of which were already published: see *Actas do colóquio «O direito e o tempo»*, Coimbra, edição do Instituto Jurídico da FDUC, 2016

colóquio), aludirei em primeiro lugar ao ensaio proposto por Alexandre Aichele («Time is Punishment. Some Remarks Concerning Augustine's Theory of Time»), não só porque a perspectiva em causa é aqui puramente filosófica, mas também porque o nível de configuração temática, ao mover-se apenas *dentro* da teoria do tempo de Santo Agostinho (e ao privilegiar o contexto práctico-cultural que a sua famosa interpretação do Livro do *Genesis* reflecte), nos aparece deliberadamente como o mais concentrado deste *ensemble*, conferindo aos significantes *tempo* e *punição* a mais forte das conexões semântica e pragmaticamente possíveis (no limite de uma autêntica *identificação*): trata-se na verdade de mostrar em que termos é que, segundo S. Agostinho, se pode dizer que o «tempo é punição auto-infligida», o que significa pressupor que a «mortalidade» só pode ser concebida como punição se pudermos medir o tempo e através deste «medir» — um «medir» que envolve uma necessária *distentio animi* e esta como uma consideração efectiva da «mudança» e uma evidente «marca do mal» (em contraste com o «supremo bem» do próprio Deus, o qual «existe imutavelmente na eternidade»). Como seria de esperar, os restantes três ensaios introduzem o direito e o pensamento jurídico enquanto interlocutores maiores. É certo que «O tempo e a pena» de José de Faria Costa explora diversas possibilidades globais de compreensão da *temporalidade* — combinando as etapas do *tempo linear* com um horizonte reflexivo capaz de distinguir *tempo longo* e *tempo breve* (e assim

theory of time (and privileging the practical-cultural context which his famous interpretation of the Book of *Genesis* reflects), is deliberately the most concentrated in this ensemble, giving the signifiers *time* and *punishment* the strongest of the conceivable semantic and pragmatic connections (at the border of an authentic *identification*): following Augustine, this means claiming that «time is self-inflicted punishment», whilst presupposing that «mortality» should be conceivable as punishment «only by the measuring of time»; such a «measuring» involves in fact a necessary *distentio animi* and this one as an effective consideration of «change» and an evident «mark of evil» (in contrast with the «highest good, God himself», «unchangeably existing in eternity»). As was to be expected, the remaining three essays introduce Law and legal thinking as major interlocutors. José de Faria Costa's «O tempo e a pena» («Time and Penalty») explores in fact diverse global possibilities of understanding *temporality* — combining the stages of *linear time* with the reflexive horizon distinguishing *long time* and *brief time* (as well as re-interpreting Husserl's *tridimensional structuring*) —, projecting however immediately those possibilities into the practical world of criminal law (and criminal sanctions); this means responding to our civilizational moment —invoked as «late modernity», when not experienced as a celebration of the «ephemeral» (i.e. as the epoch of the *brief time* or *direct life*) — with a specific normative «onto-anthropological» perspective, this one preserving (reinventing)

mesmo reinterpretando a estrutura *tridimensional* de Husserl) —, fá-lo porém projectando imediatamente estas possibilidades no mundo prático do direito penal (e no problema das sanções penais); trata-se de responder ao nosso momento civilizacional — invocado como «modernidade tardia», quando não experimentado como uma celebração do «efémero» (como a época do *tempo breve* e da *direct life*) — com uma perspectiva normativa especificamente «onto-antropológica», esta capaz de preservar (e de reinventar) o papel decisivo do direito penal enquanto *ultima ratio* (e de assim rejeitar a configuração tendencialmente preventiva exigida pela «deificação do agora»), o que nos leva a reconhecer na pena um «bem» (capaz de repor a «primeira relação de cuidado-de-perigo»); trata-se também e ainda de dar uma atenção muito especial ao contraponto entre actos legislativos e judiciais (e às correspondentes «narrativas»), mostrando como é que a conexão com o *tempo longo* associável à legislação (e à sua projecção no futuro) pode ser transformada em distintas experiências de *tempo breve* sempre que consideramos as dimensões judicativa e realizadora do *sancire* jurídico-criminal (e mesmo o quadro institucional da «perseguição penal»). O texto de Joachim Renzikowski («Punishment as Time-out»), escolhendo como ponto de partida as contrastantes «punições temporais» do mundo do desporto, trata da relação entre tempo e pena como uma oportunidade reflexiva para reconsiderar o problema dos *fins das penas* em geral e os legados de Kant e de

Criminal Law's decisive role as *ultima ratio* (rejecting the tendentially preventive Criminal Law demanded by the «deification of the now»), as well as assuming punishment as a restorative «good» (reconstituting the «original care-of-peril relation»); this means also paying a very special attention to the counterpoint between the *legislative act* and the *concrete adjudication* (and the corresponding «narratives»), whilst considering how the connection with *long time* associable to legislation (and its projection into the future) may be transformed in differentiated *short time* experiences whenever we consider the adjudicative and performative dimensions of criminal *sancire* (and even the institutional framework of «criminal prosecution»). Joachim Renzikowski's «Punishment as Time-out», choosing as starting point the contrasting experience of «time penalties» in sports, explores the connection between time and punishment as a reflexive opportunity to reconsider the problem of *punishment purposes* in general and Kant's and Hegel's legacies in particular, as well as to defend that the «controversy between retributivism and prevention is a pseudo problem» («any legal norm (...) is preventive [and] «retribution (...) is not an end in itself»); this path allows the author to pay a special attention to the role that the dimension «time» plays in the determination of the «degree of penalty» («punishment as loss of freedom is measured in time»), as well as to the «meaning» or «meanings» that time and temporality assume in a normative context consecrating *resocialization purposes* and the

Hegel em particular e assim mesmo defender que «a controvérsia entre retribuição e prevenção é um falso problema» («toda e qualquer norma jurídica (...) é preventiva [e] a retribuição (...) não é em si mesma um fim»); este caminho permite ao autor prestar uma especial atenção ao papel que a dimensão tempo desempenha na determinação da «medida da pena» («a pena enquanto privação da liberdade é medida em tempo»), bem como ao «significado» ou «significados» que o tempo e a temporalidade assumem num contexto normativo que consagra *finalidades de ressocialização* e o *limite normativo de validade da dignidade humana* («a pena actua idealmente como um tempo de intervalo, depois do qual o refinado criminoso regressará à sociedade como uma pessoa melhor»). A experiência do tempo é por fim só aparentemente menos significativa no ensaio de Urs Kindhäuser, o qual explora o problema da causalidade no contexto da omissão juridicamente relevante («La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión»): a consideração da extensão *temporal* (enquanto componente do *estado de coisas* fenomenológico) impõe-se-nos na verdade aqui enquanto dimensão constitutiva do horizonte «metódico» pressuposto, precisamente aquele que mobiliza a estrutura específica (ou a *Denkform*) da(s) *alternativa(s)* («tudo o que acontece deve ser julgado a partir da referência contextual a mundos alternativos possíveis»); a exploração desta *forma de pensamento* é por sua vez menos dogmaticamente

normative *validity limit* of *human dignity* («punishment ideally works as a time-out after which the refined criminal will settle back into society as a better person»). The experience of time is finally only apparently less significant in Urs Kindhäuser's essay, which explores the problem of causality in the dogmatic context of legal relevant omissions («La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión»): the consideration of the temporal *extension* (as a component of the phenomenological *state of things*) is here in fact a constitutive dimension of the presupposed «methodic» horizon, the one which mobilizes the specific structure (or the *Denkform*) of *alternative(s)* («everything which happens should be judged from the background of possible alternative worlds»); the exploration of this *Denkform* is in turn less dogmatically concentrated than it seems, allowing not only the opportunity to clarify the distinction between action and omission, but also the claim to identify the *decisive structure* of legally relevant causality (both in action and in omission), and, in the limit, the possibility of acknowledging the generative *form* of legal thinking (this one seriously taken as a discursive construction based *in alternatives*).

J. M. Aroso Linhares

concentrada do que parece à primeira vista, não só abrindo a oportunidade de clarificar a distinção acção / omissão, mas também permitindo identificar a *estrutura decisiva* da causalidade juridicamente relevante (tanto na acção quanto na omissão) e, no limite, reconhecer a forma geradora de todo o pensamento jurídico (este levado a sério como uma construção discursiva baseada em *alternativas*).

*J. M. Aroso Linhares*



# LA ALTERNATIVA COMO ESTRUCTURA DE PENSAMIENTO EN EL DERECHO PENAL SOBRE LA CAUSALIDAD DE LA OMISIÓN\*

*Urs Kindhäuser*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Universidad de Bonn

## I. Formulación del problema

Una de las preguntas más comunes en la *praxis* judicial, reza: “¿qué habría sucedido si?”. En el derecho penal, ningún problema de imputación se deja resolver sin dar respuesta a esta pregunta. Nos preguntamos, por ejemplo: “¿se habría evitado el accidente, si el conductor del automóvil hubiese mantenido la velocidad máxima permitida?”, o: “¿habría podido la víctima del accidente ser salvada, si el médico de urgencias hubiese sido informado antes de lo sucedido?” Preguntas como esas se encuentran referidas a estados de cosas cuyo acaecimiento es considerado posible, pese a que no han tenido lugar. Por la vía de dar respuesta a las mismas, se pretende averiguar si un daño efectivamente acaecido habría o no ocurrido si una determinada persona se hubiese comportado de manera distinta a como efectivamente lo hizo. Quien formula preguntas de ese

---

\* Traducción de Javier Contesse Singh, Universidad de Chile, Santiago.

tipo no pretende embarcarse en enrevesadas especulaciones, sino que parte del hecho de que las mismas se dejan responder realista-mente y con arreglo a criterios de verdad.

Ahora bien, pese a su gran importancia práctica, preguntas del tipo “¿qué habría sucedido si?” rara vez son examinadas en la ciencia jurídica. Esto tiene como consecuencia que aquellas teorías en las que dichas preguntas desempeñan algún rol explicativo suelen estar atravesadas por malentendidos, errores o confusiones. Ello vale especialmente para el ámbito de la imputación jurídico-penal. En las líneas que siguen, quisiera mostrar qué implicaciones metodológicas se siguen de preguntas del tipo “¿qué habría sucedido si?” y cómo las mismas pueden ser correctamente formuladas y respondidas. Tomaré como ejemplo el problema de la causalidad de la omisión. De lo que aquí se trata es de fundamentar la tesis según la cual un resultado típico efectivamente acaecido no habría ocurrido si alguien hubiese ejecutado una acción que omitió. Al método con arreglo al cual respondemos preguntas de este tipo quisiera denominarlo la “estructura de pensamiento de la alternativa”.

En mis reflexiones, procedo en tres pasos. En primer lugar, quisiera mostrar cómo acción y omisión pueden ser diferenciadas con ayuda de dicha estructura de pensamiento. En segundo lugar, quisiera fundamentar la tesis según la cual la causalidad de comportamientos jurídicamente relevante descansa sobre dicha estructura. Finalmente, quisiera mostrar, en tercer lugar, que la causalidad de la omisión debe ser determinada con arreglo a los mismos criterios que la causalidad de la acción.

## II. Acción y omisión

1. En lo concerniente, primero, a la relación entre acción y omisión, tanto en la jurisprudencia como en la literatura alemanas, es posible encontrar afirmaciones que generan cierta perplejidad. Un ejemplo: En una importante decisión referida al delito de omisión, el Tribunal Federal alemán, el máximo tribunal de revisión de Alemania, formuló la siguiente afirmación: “la prohibición de una

acción obliga a omitirla”.<sup>1</sup> Considérese el siguiente caso a modo de ilustración: Carlos conduce su automóvil y se aproxima a un semáforo en rojo. La señal luminosa expresa que está prohibido seguir avanzando. Carlos se detiene. La detención puede ser vista como la omisión de seguir avanzando, y precisamente a ese comportamiento se refiere el Tribunal cuando considera que Carlos se encuentra obligado a omitir lo prohibido. No obstante, piénsese en la siguiente situación: Carlos no avanza pero tampoco se detiene, sino que acelera en reversa e impacta al pequeño automóvil que se encontraba justo detrás de él. Es indudable que la conducción en reversa también cuenta como omisión de seguir avanzando, pero dicha conducción ciertamente no corresponde a la omisión a la cual la prohibición de seguir avanzando obliga.

Evidentemente, el Tribunal Federal parte de la idea de que a un actuar corresponde precisamente *una* determinada omisión. La misma idea hace suya Hans Welzel, cuando escribe: “Dado que *la* omisión es omisión de una acción, desde el punto de vista ontológico, ella no es en sí misma una acción”.<sup>2</sup> Ahora bien, considérese el siguiente caso: Pablo se encuentra frente al mar pintando un cuadro de la puesta de sol. Su pequeño hijo, que en ese momento se encuentra jugando en la orilla, tropieza y queda expuesto al peligro de ahogarse. Pablo advierte lo sucedido pero termina de pintar su cuadro con toda tranquilidad. Una vez que ha finalizado, su hijo ya está muerto. En relación con el niño, el comportamiento de Pablo puede ser visto como una omisión. Pero en relación con el cuadro, el comportamiento del incompasivo padre difícilmente puede ser considerado una omisión. De ahí que un mismo comportamiento pueda ser visto, según cuál sea la perspectiva adoptada, como acción u omisión. La tesis según la cual las omisiones ontológicamente no son acciones es a todas luces falsa.

Ahora bien, si en vez de rescatar al niño o de pintar el cuadro, Pablo hubiese regresado tranquilamente a su hotel vacacional, él habría omitido, por medio de ese comportamiento, tanto el rescate del niño como la terminación del cuadro. Adicionalmente, Pablo podría haber omitido recoger conchas en la playa. Un mismo comportamiento puede ser visto, entonces, como omisión de una multiplicidad

<sup>1</sup> BGHSt 19, p. 295, p. 298.

<sup>2</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, p. 193.

de otras acciones sin que por ello dichas omisiones sean idénticas entre sí. Omitir rescatar a un niño en el mar no es lo mismo que omitir recoger conchas en la playa.

De acuerdo con lo anterior, cabe afirmar: así como no es cierto que una omisión no es una acción, tampoco tiene sentido hablar de “la” omisión. Por el contrario, una acción puede tener el sentido de distintas omisiones. Cada una de éstas es, a su vez, sólo la omisión de una determinada acción. Por medio de regresar al hotel, Pablo no omite sin más, sino que omite rescatar a su hijo, terminar el cuadro, recoger conchas, etc. De ahí que, por referencia a lo señalado por Welzel, ontológicamente sólo se deja afirmar lo siguiente: la omisión de una acción no es idéntica a *esa* acción. Quien regresa a casa, no saca a un niño del agua durante ese lapso. Pero, ciertamente, esto no representa un descubrimiento muy interesante.

2. En contraposición a lo anterior, Gustav Radbruch admite la posibilidad de que aquél que omite algo se comporte de una manera distinta. Pero al mismo tiempo, Radbruch niega que dicho comportamiento efectivo tenga alguna relevancia para el concepto de omisión. Antes bien, dicho concepto se agotaría en la negación de una determinada acción, la omisión sería así un simple “nullum”.<sup>3</sup> Con ello, Radbruch afirma, en primer lugar, que una omisión puede determinarse por la vía de suprimir mentalmente aquello que el omitente efectivamente hace y, en segundo lugar, que la omisión sería en sí misma una mera nada.

Esta tesis es desconcertante. Que aquél que omite algo se comporte al mismo tiempo de una manera distinta, no sólo es posible, sino además necesario. ¿Pero, entonces, cómo el comportamiento efectivo de una persona, el cual necesariamente condiciona toda omisión vinculada con el mismo, podría carecer de relevancia para el concepto de omisión? El mundo de Radbruch es un mundo de espacios vacíos. Es un mundo en el cual un estado de cosas, el comportamiento efectivo de una persona, puede ser suprimido mentalmente sin que sea reemplazado por otro comportamiento. Un mundo como ese es apenas concebible.

---

<sup>3</sup> RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrecht*, 1903, p. 137.

Si se afirma que Pablo omitió rescatar a su hijo, entonces Pablo debe existir. De otro modo, la afirmación no tendría sentido. Si Pablo hubo de omitir algo, entonces él debe existir en el mundo y, en tal medida, debe haberse comportado de alguna manera. Es este comportamiento efectivo lo que constituye el sustrato de la afirmación según la cual Pablo omitió rescatar a su hijo. Por ello, para comprender adecuadamente en qué consiste omitir una acción es necesario proceder precisamente de modo inverso a como lo hace Radbruch: la acción ejecutada en lugar de la acción omitida no debe ser suprimida mentalmente. Más bien, ambas acciones deben ser puestas en relación. En otras palabras: el actuar omitido debe ser concebido como alternativa al actuar efectivo de una persona.

3. Es necesario examinar con mayor detención el modo en que semejante alternativa ha de ser entendida.<sup>4</sup> Para ello, cabe introducir una serie de conceptos más básicos, entre los cuales destaca, en primer lugar, el concepto de “estado de cosas”, el cual queda determinado por referencia al tiempo y al espacio. Para efectos de la presente exposición, la determinación de dicho concepto necesariamente habrá de realizarse de manera un tanto naif.

Un estado de cosas es un fragmento espacial y temporal de un mundo. Cuando decimos que José demolió su casa y en su lugar construyó una nueva, el lugar donde se encontraba la antigua casa y ahora se ubica la nueva es la posición espacial del estado de cosas en el mundo. Por su parte, el lapso transcurrido entre la demolición de la antigua casa y la finalización de la construcción de la nueva corresponde a la extensión temporal del estado de cosas en el mundo. El mundo en el que vivimos consiste en la totalidad de los estados de cosas que han tenido lugar en el tiempo y en el espacio. Un estado de cosas que ha tenido lugar en el tiempo y el espacio puede ser denominado “hecho”. La realidad es, en tal medida, un mundo de hechos.

La imagen del mundo propia del jurista, empero, no sólo tiene como objeto a la realidad. Antes bien, el jurista confronta el mundo real con otros mundos posibles. Así, por ejemplo, al referirse a un daño, el jurista pone en relación un estado de cosas efectivamente

---

<sup>4</sup> Al respecto y sobre lo que sigue, fundamentalmente, RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, p. 16 ss., p. 77 ss.

acaecido con otro que podría haber acaecido temporal y espacialmente en su lugar. Luego, el jurista compara valorativamente el estado de cosas real con el estado de cosas posible, valorando de peor forma al primero. El objeto del pensamiento jurídico queda, entonces, constituido por diversos mundos posibles, de los cuales el mundo real sólo representa una variante más. Por esta razón, en lo que sigue no hablaré “del” mundo, sino de estados de cosas en “un” mundo.

Considérense los estados de cosas  $e_1$  y  $e_2$ . Si  $e_1$  y  $e_2$  ocupan una misma posición temporal en un mundo, entonces ambos son simultáneos. Si  $e_1$  y  $e_2$  ocupan una misma posición espacial en un mundo, entonces ambos tienen la misma ubicación. Tratándose de formas de comportamiento, lo mismo vale para el cuerpo de una persona. Si  $e_1$  y  $e_2$  son simultáneos y tienen la misma ubicación, entonces cabe llamarlos “congruentes”. Si  $e_1$  y  $e_2$  son congruentes y tienen lugar en un mismo mundo, entonces ambos son idénticos.

Ahora bien, supongamos que  $e_1$  y  $e_2$  son congruentes pero pertenecen a mundos diferentes. Ambos pueden ser iguales o distintos. Si son congruentes pero distintos, entonces cabe llamarlos “estados de cosas alternativos”. Un ejemplo: si  $e_1$  consiste en que Pablo pinta un cuadro durante un determinado transcurso de tiempo y  $e_2$  consiste en que Pablo, durante en ese mismo lapso, recoge conchas en la playa, entonces ambos estados de cosas son alternativos.

De lo anterior se obtiene la siguiente definición: el estado de cosas  $e_1$  constituye una alternativa frente al estado de cosas  $e_2$ , si  $e_1$  y  $e_2$  son congruentes entre sí y diferentes el uno del otro. Las alternativas pertenecen necesariamente a mundos distintos, puesto que no son idénticas. El número de alternativas corresponde al número de mundos posibles. En el ejemplo anterior, un estado de cosas  $e_3$ , en el cual Pablo rescata a su hijo del agua, también sería posible. En síntesis: las alternativas son estados de cosas congruentes, que son posibles y excluyentes entre sí. Pablo sólo puede, al mismo tiempo, o bien pintar un cuadro o bien recoger conchas o bien salvar a su hijo.

4. Apliquemos las reflexiones anteriores a las acciones. Para estos efectos, basta con adoptar un concepto puramente formal de acción construido a partir del concepto de comportamiento.<sup>5</sup> Por

<sup>5</sup> Al respecto, con más detalle, KINDHÄUSER, “Zur Alternativstruktur des

“comportamiento” cabe entender la existencia del cuerpo de una y la misma persona entre dos instantes. En otras palabras, una persona se comporta ininterrumpidamente durante toda su vida. Cada fragmento temporal de su curso vital constituye un comportamiento. En tal medida, una persona siempre se comporta, con independencia de si recoge conchas, pinta un cuadro o se queda dormida durante una conferencia sobre el comportamiento humano. En tanto evento con extensión espacio-temporal, un comportamiento es igualmente un estado de cosas.

Si existe la posibilidad de que una persona, en un determinado momento y en un determinado lugar, se comporte de una manera distinta a como efectivamente lo hace, entonces esa persona cuenta con una alternativa de comportamiento. El conjunto de alternativas de comportamiento que una persona puede adoptar en un determinado momento puede ser designado como el espacio-de-juego-de-comportamientos de esa persona en dicho momento. Pueden pertenecer al espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona en el momento  $t$  formas de comportamiento tales como recoger conchas o pintar un cuadro.

Si en un momento determinado, una persona se encuentra en condiciones de adoptar, en lugar de su comportamiento efectivo, al menos una alternativa de comportamiento, entonces cabe llamar a su comportamiento “acción”. De acuerdo con esta definición, una acción es un comportamiento que descansa sobre una decisión (ejecutada) en contra de al menos una alternativa de comportamiento. De ahí que toda acción sea un comportamiento, mas no todo comportamiento sea una acción. Dado que durante el sueño no es posible decidirse por un comportamiento alternativo, quien duerme profundamente, desde luego, se comporta de una determinada manera, pero no actúa.

Con la ayuda del concepto analítico de acción aquí propuesto, es posible definir también los conceptos de actuar y de omitir. Quien encontrándose al menos entre dos alternativas de comportamiento se decide por un determinado comportamiento y, en tal medida, actúa, omite el comportamiento alternativo. A modo de ejemplo: si en una determinada situación, tanto recoger conchas en la playa como pintar un cuadro pertenecen al mismo espacio-de-juego-de-comportamientos

---

strafrechtlichen Kausalbegriffs“, *ZIS* 2016, p. 573, p. 584 s. con más referencias.

de una persona, entonces esa persona omite recoger conchas si, y en la medida en que, pinta un cuadro – y *viceversa*. Una omisión, entonces, no es un no-actuar ni menos un *nullum*, sino un comportamiento que resulta caracterizado por la no-adopción de una alternativa de comportamiento. En el caso de la realización del cuadro, omitir recoger conchas puede perfectamente tener lugar de manera activa.

Con ello, toda decisión (ejecutada) a favor de una omisión implica la decisión (ejecutada) a favor de una acción, y toda decisión (ejecutada) a favor de una acción implica la decisión (ejecutada) a favor de una omisión. Formulado en otros términos: una acción es tal sólo en relación con una alternativa de comportamiento no adoptada, y una omisión es tal sólo en relación con una alternativa de comportamiento adoptada. O nuevamente en otros términos: la omisión de una acción es una omisión sólo en relación con esa acción específica; en sí misma, en cambio, ella es una acción.

### III. Causalidad jurídica

1. Interrumpamos nuestras reflexiones un momento para dedicar algunas líneas al análisis de la causalidad de acciones jurídicamente relevante. En Alemania, tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante entienden la causalidad en el sentido de la así llamada teoría de la equivalencia.<sup>6</sup> Toda condición necesaria de un resultado es vista como causa del mismo. Para la identificación de condiciones necesarias se utiliza la así llamada fórmula de la *conditio sine qua non*, y en los siguientes términos: causa de un resultado es toda acción que no admite ser mentalmente suprimido sin que el resultado desaparezca.

Aquí puede ser dejada de lado la pregunta acerca de si por

---

<sup>6</sup> Cfr. solamente RGSt 1, 373; BGHSt 45, 270 (294 s.); 49, 1 (3); v. BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 1, p. 3; FRISCH, “Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?“, in DÖLLING/ERB, ed., *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, 2002, p. 51; MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, 1980, p. 3 ss.; TOEPEL, „Hinreichende Mindestbedingung“, in PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER/STÜBINGER/VERREL/ZACZYK, ed., *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 289.



causa cabe entender una condición necesaria o una condición suficiente.<sup>7</sup> Lo realmente problemático es, más bien, el hecho de que la causalidad deba ser establecida por medio de una mera supresión mental. Como ya quedó demostrado en el caso de la omisión, no es posible simplemente suprimir mentalmente un hecho del mundo sin que este último, al igual que un castillo de naipes al que se le quita una de sus cartas, se desmorone por completo. De ahí que un análisis causal que descansa sobre el método de la supresión mental conduzca necesariamente a confusiones.

Un ejemplo: Pedro y Pablo disparan en contra de Ricardo independientemente el uno del otro, pero casi al mismo tiempo. Al ser alcanzado en el pecho por la bala de Pedro, Ricardo se desploma. Pablo, por su parte, había apuntado a la cabeza de Ricardo. Si Ricardo no se hubiese desplomado algunos segundos antes, el disparo de Pablo lo habría impactado mortalmente. Dado que *Pablo* erró el blanco, su disparo no fue una condición necesaria de la muerte de Ricardo y, en tal medida, tampoco una causa de la misma. Esto es claro e inequívoco.

Mucho menos claro, en cambio, es cómo debiera ser valorado el disparo de *Pedro*. Una concepción extendida en la ciencia jurídico-penal no se toma en serio el método de la supresión mental, y coloca en el lugar del disparo suprimido mentalmente el suceso que con toda probabilidad habría tenido lugar.<sup>8</sup> Esto significa: si Pedro no hubiese disparado, entonces el disparo de Pablo habría impactado con toda probabilidad la cabeza de Ricardo. La muerte habría acaecido en el mismo instante. Si bien el disparo de Pedro se produjo unos segundos antes que el de Pablo, la lesión en la cabeza habría conducido a la muerte más rápidamente que la lesión en el corazón. Bajo estos presupuestos, cabría negar que el disparo de Pedro hubiese representado una condición necesaria de la muerte de Ricardo y, en tal medida, una causa de la misma. Ricardo habría muerto en el mismo instante si Pedro no hubiese disparado. Sin embargo, no es necesario indagar mucho más para advertir que esta conclusión es evidentemente falsa. En atención a los hechos, sabemos que el disparo de Pedro alcanzó mortalmente a Ricardo.

---

<sup>7</sup> Cfr. Al respecto HRUSCHKA, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen“, *ZStW* 1998 (110), p. 581; KINDHÄUSER, *ZIS* 2016, p. 573.

<sup>8</sup> Por ejemplo, ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 15 s.

Para evitar resultados como este, la concepción contraria insiste en el tenor literal de la fórmula de la *condicio sine qua non* y no coloca nada en el lugar de aquello que ha sido mentalmente suprimido.<sup>9</sup> En tal medida, el espacio mentalmente suprimido debe permanecer vacío. Entendido como una así llamada “causa de reemplazo”, el disparo de Pablo no debe ocupar dicho espacio. Si se busca comprobar si acaso el disparo de Pedro fue causal para el resultado, entonces dicho disparo debe suprimirse mentalmente sin que, a su vez, se introduzca mentalmente alguna otra acción en el espacio correspondiente. Puesto que estados de cosas que *no* han tenido lugar no deben ser incorporados en una descripción correcta del mundo *real*, esta aproximación es plausible. El disparo de Pablo efectivamente no ha alcanzado a Ricardo. Pero, ciertamente, tampoco se formula una descripción correcta de la realidad cuando estados de cosas que han tenido lugar son negados. La suposición de que Pablo no ha disparado es falsa y, en tal medida, contradice los hechos.

Por medio de la mera supresión mental hipotética no es posible, entonces, obtener nuevo conocimiento. Si la descripción de un hecho es verdadera, entonces la negación de esa descripción es igualmente verdadera si se suprime mentalmente el hecho descrito. Si es verdad que el disparo de Pedro alcanzó mortalmente a Ricardo, entonces también es verdad que el disparo de Pedro no habría alcanzado mortalmente a Ricardo si Pedro no hubiese disparado. Esto es una deducción lógica, no una observación científico-experimental acerca de las relaciones causales.

Metodológicamente, el proceso de mera supresión mental de hechos de la realidad es incorrecto ya en su propia base. En el mundo real, todo está relacionado con todo. Si suprimimos mentalmente algo perteneciente a ese entramado de relaciones, entonces nuestras afirmaciones acerca del mundo real dejan de ser correctas.

2. En este punto, podría uno preguntarse por qué la supresión mental ha podido siquiera tener sentido como método para los juristas. Si sabemos que una persona ha envenenado a otra, por qué debemos averiguar si la acción en cuestión fue una causa del

---

<sup>9</sup> Fundamentalmente SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948, p. 14, p. 38, p. 92 y passim.

resultado por medio de la supresión mental. La respuesta nos la proveen los científicos y los médicos con arreglo a las leyes naturales pertinentes. Si sabemos que el polvo blanco que Juan vertió en el café de José es un poderoso veneno, entonces sabemos que la muerte de José fue causada por medio de ese veneno. Por el contrario, si no sabemos cuál es la composición química del polvo, podremos suprimir mentalmente el vertimiento del mismo tantas veces como queramos sin que lleguemos a averiguar si aquello fue la causa de la muerte de José o no. El proceso de supresión mental parece ser no sólo metodológicamente incorrecto, sino además, y por referencia a la obtención de nuevo conocimiento, derechamente superfluo.

De ahí que el proceso de supresión mental tenga otro propósito, a saber: servir a la identificación de una condición particular de un resultado dentro de la miríada de condiciones del mismo. Eso es precisamente de lo que se trata en el Derecho. Al jurista le compete dar respuesta a la pregunta acerca de si a una determinada acción le pueden ser asociadas determinadas consecuencias jurídicas.

A este respecto, considérese otro ejemplo: en medio de una pelea, el forzudo Hugo arroja al enclenque Diego desde un balcón. Desde una altura de diez metros, Diego cae violentamente sobre Ramón, quien, producto del golpe, sufre una fractura cervical y muere. Si consideramos con mayor detención la relación entre la caída de Diego y la muerte de Ramón, tendría que ser evidente que ambos estados de cosas están relacionados entre sí con arreglo a leyes naturales. También los defensores del método de la supresión mental sin sustitución están obligados aquí a afirmar la causalidad: si se suprime mentalmente la caída de Diego, entonces la afirmación de que Diego cayó sobre Ramón y que éste sufrió una fractura cervical, deja de ser una descripción verdadera de lo sucedido.

¿Pero podemos también decir que Diego causó la muerte de Ramón? Si en lugar de Diego hubiese sido una mesa aquello que Hugo hubiese arrojado desde el balcón y hubiese caído sobre Ramón, nadie diría que la mesa causó la muerte de Ramón. Causante sería únicamente Hugo. ¿Por qué esto tendría que ser distinto si, en vez de una mesa, es Diego lo que ha sido arrojado por Hugo?

Con arreglo a lo afirmado hasta aquí, la respuesta se deja advertir fácilmente: el jurista no considera el curso del mundo de

manera unidimensional, sino como una secuencia de decisiones jurídicamente relevantes entre alternativas de comportamiento. El Derecho es un orden existente entre seres humanos que pueden y deben decidirse entre alternativas. Cada decisión a favor de un comportamiento es necesariamente una decisión en contra de más o menos alternativas de comportamiento. Las normas del Derecho son razones para adoptar decisiones. Si el comportamiento humano no fuese considerado bajo la hipótesis de una posible alternativa de comportamiento conforme a normas jurídicas, sino sólo de forma unidimensional como comportamiento determinado, entonces no sólo un Derecho Penal cuya función es imputar responsabilidad, sino también el Derecho mismo serían impensables.

3. En consecuencia, una noción de causalidad de acciones que sea jurídicamente relevante tiene que clarificar si, de haberse adoptado una posible alternativa de comportamiento, entonces un determinado resultado habría igualmente acaecido o no. En tal medida, se plantea la pregunta, *sub specie* pregunta de causalidad, por aquello que es todavía desconocido, a saber, la pregunta “¿qué habría sucedido si?”, o más exactamente: “¿qué habría sucedido si se hubiese adoptado una alternativa de comportamiento?”.

Para dar respuesta a esta pregunta, es necesario, en primer lugar, evitar el error fundamental de la fórmula de la *condicio sine qua non*. Nada debe ser suprimido mentalmente de la realidad. Más bien, lo que se requiere es pensar en términos de alternativas. Al curso del mundo real cabe contraponer un curso de sucesos congruente perteneciente a un mundo posible. Aquí pensamos en un mundo posible que es idéntico al mundo real, salvo por la circunstancia de que en el lugar del comportamiento efectivo colocamos una alternativa de comportamiento.

Si en el mundo posible dejásemos el lugar del comportamiento real desocupado, entonces los elementos del mundo alternativo no serían congruentes con los elementos del mundo real. De este modo, el experimento mental no podría proveernos de información alguna acerca de cursos alternativos bajo las condiciones del mundo real. Antes bien, el experimento mental sólo puede conducir a la adquisición realista de conocimiento si en el lugar del

comportamiento real colocamos una alternativa de comportamiento congruente. En otras palabras, la alternativa de comportamiento ha de pertenecer al espacio-de-juego-de-comportamientos del comportamiento efectivo.

Paralelamente, en el mundo posible, el lugar del resultado efectivamente acaecido no puede ser ocupado por un estado de cosas cualquiera. Lo que cabe comprobar, más bien, es si los elementos del estado de cosas real se dejan combinar de otra manera. Aquí, el resultado alternativo perteneciente al mundo hipotético y el resultado efectivo perteneciente al mundo real deben ser congruentes en atención a sus respectivas posiciones en el espacio y en el tiempo. En lo restante, todas las condiciones del mundo hipotético deben corresponderse estrictamente con las condiciones del mundo real. Así, el resultado efectivo y el resultado alternativo no pueden acaecer conjuntamente en uno y el mismo mundo. En lo concerniente a su existencia, ambos se excluyen entre sí. El conjunto de resultados alternativos no se encuentra *per se* restringido. El mismo depende del número de mundos alternativos posibles.

Desde una perspectiva jurídico-penal, el resultado alternativo relevante se determina con arreglo al resultado efectivo, en particular por referencia a los factores que caracterizan a este último como resultado típico. Tratándose de un daño patrimonial, el resultado alternativo consistiría en que el patrimonio no se encuentre disminuido, y tratándose de lesiones corporales, el resultado alternativo consistiría en un estado somático sin menoscabo del bienestar corporal.

En lo que respecta a nuestro ejemplo, a partir de las reflexiones anteriores es posible advertir sin mayor dificultad por qué Diego no causó, en sentido jurídico, la muerte de Ramón. En relación con su comportamiento, no existía comportamiento alternativo alguno en virtud de cuya realización el resultado de muerte no hubiese acaecido en un mundo posible. De ello se sigue la siguiente definición de la causalidad de acciones jurídicamente relevante: ha causado un determinado resultado quien pudo comportarse tal manera que, en lugar de dicho resultado, habría acaecido un resultado alternativo.

#### IV. Causalidad de la omisión

De acuerdo con esta definición, la causalidad de la omisión debe determinarse con arreglo a los mismos criterios que la causalidad de la acción. Si acción y omisión constituyen alternativas pertenecientes a un mismo espacio-de-juego-de-comportamientos, de modo tal que un comportamiento debe ser visto como causa de un resultado, esto es, si en virtud de la adopción de una alternativa de comportamiento un resultado alternativo habría acaecido, entonces todo nexo causal descansa sobre una relación entre un curso de sucesos real y uno hipotético.

Si en el ejemplo presentado al comienzo, pintar el cuadro es omitir rescatar al niño y rescatar al niño es omitir pintar el cuadro, entonces, en primer lugar, Pablo ha causado la realización completa del cuadro, dado que en caso de que hubiese alternativamente rescatado al niño, el resultado alternativo consistente en que el niño todavía se encuentra con vida, habría acaecido, y, en segundo lugar, Pablo ha causado la muerte del niño, dado que en caso de que alternativamente hubiese pintado el cuadro, el resultado alternativo consistente en que el cuadro se encuentra finalizado, habría acaecido.

Si la causalidad de comportamientos se fundamenta con arreglo a un modo de pensar construido sobre alternativas, entonces se hace evidente que la diferencia entre comisión y omisión es mucho menos intrincada de lo que tradicionalmente se ha creído. Ciertamente, en el caso de la comisión, el nexo entre el comportamiento y el resultado efectivamente ha tenido lugar, mientras que el nexo entre el comportamiento alternativo y el resultado alternativo es sólo hipotético. Esto significa que este último nexo sólo debe ser asumido en función de su mayor o menor probabilidad. Pero aquí no debe pasarse por alto que para el establecimiento de la causalidad en los delitos de comisión activa, también nos apoyamos en hipótesis cuya verificación no puede ser menos compleja.

Considérese el siguiente ejemplo: producto de haber sufrido una herida mortal, Rodrigo es ingresado a la sala de cirugía de un servicio de urgencias. Quien realiza la operación es el médico Antonio. Rodrigo fallece. Que la muerte de Rodrigo y la operación

se encuentran vinculadas con arreglo a leyes naturales es evidente. ¿Ha causado Antonio la muerte de Rodrigo? De haber sido así, la muerte tendría que no haber acaecido en caso de que se hubiese ejecutado un comportamiento alternativo. Ciertamente, una hipótesis como esa no tendría que ser más de fácil de verificar que la hipótesis de que el hijo de Pablo no habría muerto por inmersión si hubiese sido rescatado del agua a tiempo.

## V. Perspectiva

Con mis reflexiones, que dedico a Santiago Mir Puig, expresando el elevado aprecio por su obra jurídico-filosófica y dogmática, he querido mostrar ejemplarmente que el modo de pensar jurídico es un modo de pensar basado en alternativas. En particular, todas las figuras de imputación del derecho penal son construcciones basadas en alternativas. Aquello que ha sucedido debe ser juzgado siempre sobre el trasfondo de mundos alternativos posibles.





## TIME IS PUNISHMENT

### SOME REMARKS CONCERNING AUGUSTINE'S THEORY OF TIME

*Alexander Aichele*

University of Halle-Wittenberg

Everyone getting old knows for sure that time is punishment. Aching bones, bad sleep, low appetites, in short: general deterioration of body and even mental functions should be (barely!) living proof. Yet everyone annoyed by this odd proposition is going to treat it as a metaphor, and, to make matters worse, a quite trite one. But, according to one of the most influential authors of the Western World, it is not. Quite the contrary, according to St. Augustine (354-430), it is true, and literally so, meaning there is everything necessary to justify regular punishment: law, crime, blame, and a fair judge.

Moreover, Augustine's thesis does not flit around somewhere at the margins of his enormous work. It dwells right at its centre shaping even his famous theory of time in *Confessions XI*, highly praised by authors as divergent as Husserl, Heidegger, Wittgenstein, and Russell. In order to elucidate the connection of time and punishment in Augustine we have, first, to analyse his definition of time as "distension of the soul" (*distentio animi*). After that we shall take a look on the concept of original sin, its effects on free will and Augustine's somewhat merciless theory of divine grace in order to grasp, finally, the character of time as self-inflicted punishment.

## I. The Existence of Time

Augustine summarizes the result of his inquiry into the universal nature of time in *Confessions XI*, 26, 33<sup>19-21</sup>:<sup>1</sup>

“Inde mihi visum est nihil esse aliud tempus quam distentionem: sed cuius rei, nescio, et mirum, si non ipsius animi.”

“Whence it seemed to me that time is nothing else than distension; but of what I know not, and I shouldn’t marvel if it be of the mind itself.”<sup>2</sup>

The answer to Augustine’s famous question “Quid est enim tempus?” (14, 17<sup>3/4</sup>; Flasch, 250) is short: *Tempus est distentio animi*. To understand his answer, obviously, we must try to define both “distentio” and “animus”. Due to the bishop’s of Hippo literal and highly rhetorical style he does not deliver hard and fast definitions. We have to work backwards from result to reasons.

Augustine’s inquiry into time is embedded in the philosophical interpretation of the Book of *Genesis* occupying the last three books of the *Confessions*.<sup>3</sup> Having shown the absurdity of the notorious question what God may have done before creation by pointing out that any talk of ‘before’ or ‘after’ presupposes time and that time starts only with creation as it is alien to God’s eternity, Augustine switches occasionally, without real systematic need,<sup>4</sup> to the essence of time.

That time does exist is beyond dispute. The question is where and how. For, even if there is natural motion (*motus*) which proceeds in time and, also, mind measures time it seems to have no ontological place for itself: The past is gone and does not exist anymore, the

---

<sup>1</sup> Quotations from *Confessions XI* after: Kurt FLASCH, *Was ist Zeit? Augustinus von Hippo. Das XI. Buch der Confessiones. Historisch-philosophische Studie. Text — Übersetzung — Kommentar*, Frankfurt/M. 1993, 268.

<sup>2</sup> Translations of the *Confessions* for the most part taken from: *Augustine’s Confessions*, transl. by E.B. Pusey, <<http://faculty.georgetown.edu/jod/Englishconfessions.html>> (lastly acc. 13.05.17, 14:11).

<sup>3</sup> A good reason why Augustine stops writing his autobiography after book X leaving out 10 years of his life gives FLASCH 1993, 91.

<sup>4</sup> Conf. *ibid.*, 87.

future comes and does not yet exist, and the present is only the border between past and future, a mere limiting point without any duration and existence in its own right.<sup>5</sup> So, either time does not exist at all or its existence depends on something else. Therefore time cannot be a substantial entity.

Nevertheless, we distinguish longer and shorter periods of time and we know for sure that 100 years are longer than a day, a day longer than an hour, and so on and we know even how much longer that would be by using fixed measures taken from intervals of certain natural movements. But even if we don't have or use such scientific means we are still able to distinguish longer and shorter periods: Reciting a poem we alternate between long and short syllables without calculating the length of each syllable although such measurement, of course, would be possible.<sup>6</sup> Since, obviously, awareness of one's own bodily or mental acts is enough, measuring temporal intervals is an ability of man which does not necessarily depend on physical observations. Thus, it belongs to his nature.

As man does not need external means to measure time, at least in the primitive sense of distinguishing longer and shorter periods, a natural ability of the soul defining man's nature is required. Now, soul, in ancient philosophical and, also, rhetorical tradition, is a complex functional unity of manifold faculties as sensibility, intellect, will, reason and so on. We do not have to dwell on this because Augustine is unusually clear on this point by using steadily the term 'animus' (mind) if he is indicating the measurement of time in favour of 'anima' (soul) which would cover any active or passive psychic function and connotes rather some individual member of any species of living beings whatsoever.<sup>7</sup> Animus, on the other hand, denotes activity and universality in so far a certain activity, e. g. measuring time, is done by each member of the species in the same way. Further, what is measured by time is physical motion — coming-to-be and

---

<sup>5</sup> Conf. XI, 14, 17<sup>12-14</sup> (FLASCH, 250): "Duo ergo illa tempora, praeteritum et futurum, quomodo sunt, quando et praeteritum iam non est et futurum nondum est?"

*Ibid.*, 15, 20<sup>13</sup> (FLASCH, 254): "praesens autem nullum habet spatium".

<sup>6</sup> Conf. *ibid.* 26, 33 (FLASCH, 268).

<sup>7</sup> Conf. FLASCH 1993, 22 p.

passing-away, qualitative and quantitative change, locomotion, even life itself –, physical motion which, how much time it may take, is proceeding independently from being measured. So, albeit Augustine locates time in the soul he does not establish any contrast between intramental or extramental, objective or subjective time and in general no kind of subjectivity.<sup>8</sup> Time as such exists simply just by being measured by the mind and, therefore, it exists in the soul.

## II. “Distentio” — a strange word

Mind generates time by its own activity of measuring change. Thus, it has to be this activity which is denoted by the term ‘distentio’. ‘Distentio’ is a word quite peculiar and not very often used. In accord with the privative prefix ‘dis-’ it indicates an unagreeable or even disruptive tension. Even translated in the meekest sense, as ‘expansion’, it should be understood as ‘dilatation’, that is an unhealthy widening, especially of digestive organs. Other meanings affirm the generally privative sense: hyperextension, distortion, and even spasm, first and foremost of nerves. This should be kept in mind if we try to pin down the mind’s activity in measuring time.

First, we have to notice that by dilating itself the mind expands the present — which is, incidentally, a fundamental difference to Aristotle’s and Heidegger’s theories as well. Since neither past nor future exist time can only exist being present. Since the present is reduced to an inextended point presence of time has to be caused by soul wherein it is only able to exist. Therefore, past and future can solely occur when present, and such presence they may attain only in the mind.

Setting aside all epistemic and similar problems which Augustine tackles in his analysis of the poem’s recital his answer to the question as to how past, future, and, indeed, present itself are made present is quite straightforward. The past is made present by memory (*memoria*), the future by expectation (*expectatio*), the present by attention (*attentio*).<sup>9</sup> Time necessarily consisting of these three

<sup>8</sup> Conf. *ibid.*, 73 p. pass.

<sup>9</sup> Conf. XI. 28, 37<sup>5-10</sup> (FLASCH, 274): “Quis igitur negat futura non-

dimensions lasts because each of these is corresponding to the appropriate mental activity. Thus, something like duration or any period of time, that is time itself, exists exclusively in the mind whereas material things and their conditions respectively nature are in a constant process of coming-to-be and passing-away. It is the reality of fleeting change of things including, of course, man's own body which mind both measures and recognises by time. Time, hence, is neither illusion or a lie nor the transcendental form of inner intuition but so true a representation of material reality a part of the self-same reality may ever establish.

So, quite a feat of human mind, this measuring and, likewise, generating of time, one should say, isn't it? And even more peculiar that Augustine is denouncing such a feat by branding it distension. As we shall see it is precisely the mentioned community the mind in measuring time keeps — and must do so — with fleeting reality which justifies the use of that privative term. Near to the end of book XI the bishop of Hippo lifts the curtain at least to a certain extent. I am quoting the whole piece:

“But because Thy mercy is better than all lives, behold, my life is but a distension, and Thy right hand upheld me, in my Lord the Son of man, the Mediator betwixt thee, The One, and us many, many also through our manifold distractions amid many things, that by Him I may apprehend in Whom I have been apprehended, and may be re-collected from my old conversation, to follow the One, forgetting what is past, not to things which shall be and pass away, but to those things which are before, and not distended but extended, not under distension but under intention, I follow on for the prize of my heavenly calling, where I may hear the voice of Thy praise, and contemplate Thy delight, neither to come, nor to pass away. But now my years are spent in mourning. And Thou, O Lord, art my comfort, my Father everlasting, but I have been severed amid times, whose order I know not; and my thoughts, even the inmost bowels of my soul, are rent and mangled with tumultuous varieties,

---

*dum esse? Sed tamen iam est in animo exspectatio futurorum. Et quis negat praeterita iam non esse? Sed tamen adhuc est in animo memoria praeteritorum. Et quis negat praesens tempus carere spatio, quia in puncto praeterit? Sed tamen perdurat attentio, per quam pergat abesse quod aderit?”*

until I flow together into Thee, purified and molten by the fire of Thy love.”<sup>10</sup>

What has happened? Evidently, the quoted paragraph has no systematic connection with the analysis of time having come to its formal end with the preceding paragraph where Augustine takes up again the ridiculous question what God might have done before creation. Nonetheless, the passage is, indubitably, of great importance since it unveils Augustine’s understanding of the actual condition of mankind. It does so by valuating mind’s time-producing power.

The paragraph is dominated by the contrasts of one and many, eternity and time, or the hereafter and this mortal world. Skipping all other lines of inquiry let us just take into account the merit of time respectively the mind’s producing it by distension:

1. Man’s life is nothing but distension.
2. Present things which only pass away shouldn’t be attended.
3. The past should be forgotten.
4. The fleeting future should be ignored.
5. Only the future which will come necessarily should be intended.
6. Man’s calling is eternal contemplation of God.
7. Man’s mortal life is spent in mourning.
8. Man is severed amid times.
9. Man does not know the order of times.
10. Man’s mind is shredded by tumultuous variety.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, 29, 39 (FLASCH, 276): “Sed quoniam melior est misericordia tua super vitas, ecce distentio est vita mea, et me suscepit dextera tua in domino meo, mediatore filio hominis inter te unum et nos multos, in multis per multa, ut per eum apprehendam, in quo et apprehensus sum, et a veteribus diebus coligar sequens unum, praeterita oblitus, non in ea quae futura et transitura sunt, sed in ea quae ante sunt non distentus, sed extentus, non secundum distentionem, sed secundum intentionem sequor ad palmam supernae vocationis, ubi audiam vocem laudis et contempler delectationem tuam nec venientem nec praetereuntem. Nunc vero anni mei in gemitibus, et tu solacium meum, domine, pater meus aeternus es; at ego in tempora dissilui, quorum ordinem nescio, et tumultuosis varietatibus dilaniantur cogitationes meae, intima viscera animae meae, donec in te confluum purgatus et liquidus igne amoris tui”.

This does not sound all too well. And the root of all this evil seems to be nothing but time, that is the mind's own activity in perceiving, recognising, and connecting with material things and reflecting itself in relation to the world. For focussing on worldly things the mind inevitably focuses on coming-to-be and passing away, in short: change which can only be determined by measuring, and thereby producing, time. But the very same thing throws the soul into turmoil as it, by its own nature, seems to strive for pleasure and to flee unpleasure. Man struggles either to perpetuate his present situation or to leave it behind in favour of a better one which might or might not ensue. Man either remembers past pleasures and tries to repeat them or mourns after them or is tormented by bad conscience. Man either is looking forward to some future event he is intending or he is afraid of any event he is trying to avoid, and at the same time he cannot possibly know whether or not the event intended or feared occurs at all, since man does not know the order of times — like God whose eternal mind keeps in presence not only all possible relations of all possible things respectively all possible events but has also decided already which one is going to happen. Man however not only measures and generates time but also lives his corporeal life in time and, by his limited mind, will never know for sure why something which has happened in the past or is happening presently has happened or happens. For he can know neither the singular combination of singular events causing or making possible another single event nor even all of his own reasons why he may act in this but not in another way. And it goes without saying that man is also unable to know what will happen in future, except God intervenes and tells him in mysterious and often misunderstandable ways. Strictly spoken, there is only one thing man can know for sure: He will die his corporeal death and his soul will be judged afterwards. And all this taken together is surely reason enough for the permanently recurring motif of the *Confessions* appearing for the first time in the very first paragraph of the work: “inquietum est cor nostrum” — “our heart is restless”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> AUGUSTINUS, *Confessiones*. Lat./Dt. (Eingel., übs. u. erl. von Joseph Bernhart), München 1980, I.1, 1 (12).

### III. Man's Fall into Time

Time is the reason for man's restlessness, to the degree that his whole earthly life is nothing but self-inflicted distension. However, God would have to be by no means just, in fact quite nasty if He, having created him in such a way, would place man in this most unfortunate position. Or, to put it the other way round: If God is just there has to be a most significant reason for doing so, perhaps in the way of punishment as punishment is, at least, partially defined by putting people in unagreeable positions. Augustine, right from the start of the *Confessions*, leaves no doubt on this point:

“Great art Thou, O Lord, and greatly to be praised; great is Thy power, and Thy wisdom infinite. And Thee would man praise; man, but a particle of Thy creation; man, that bears about him his mortality, the witness of his sin, the witness that Thou resistest the proud: yet would man praise Thee; he, but a particle of Thy creation: Thou awakest us to delight in Thy praise; for Thou madest us for Thyself, and our heart is restless, until it repose in Thee.”<sup>12</sup>

Time and mortality, indubitably, are on a par with each other in some way without being identical. Mortality is, first of all, a living being's potential of ceasing to be respectively to live which must be actualised necessarily sooner or later. We are used to deal with mortality and ultimately death as a biological, and thus natural, constant. Time, on the other hand, is the structure we submit our life to in order to organise our different activities, in other words: time is the measure of our limited, ever diminishing potential to do all those things we wish or aim for while spending our life. Without mortality life hadn't to be carved up under the yoke of time according to man's ever-changing and frequently incompatible interests

---

<sup>12</sup> *Ibid.*: “Magnus es, domine, et laudabilis valde’: ‘magna virtus tua et sapientiae tuae non est numerus’. Et laudare te vult homo, aliqua portio creaturae tuae, et homo circumferens mortalitatem suam, circumferens testimonium peccati sui et testimonium, quia ‘superbis resistis’. Et tamen laudare te vult homo, aliqua portio creaturae tuae. Tu excitas, ut laudare te delectat, quia fecisti nos ad te et inquietum est cor nostrum, donec requiescat in te”.



and goals. Immortal beings, on the contrary, would seem to have an unmeasurable amount of time left to do anything they might be able to at any point of their existence.

But even saying so doesn't give immortality its due since an immortal being would be entirely superior to time in so far as it may utterly ignore time because there is simply no need to distinguish certain periods if natural transience is of no relevance to one's own existence. The soul of an immortal being needs not to be distended or, more precisely, needs not to distend itself. Thus, immortality transcends time and elevates an immortal being above changing nature which man has come to be only a particle of.

Why, now, all this raving about immortality? There are at least two reasons: First, ignoring time is what Augustine demands of man in order to answer his original calling when he is requesting man to forget the past and to ignore both fleeting present and future just possible. Second, mortality is the testimony of sin. That means man hasn't been created mortal but immortal. As we all know it I don't have to repeat the old story about the serpent and the apple tree which ends with one single man, called Adam, being punished with mortality for breaking the only law there was in paradise. And mankind, as it is called: in its postlapsarian state, bears, if one would wish to say so, the genetic consequences of that original sin. End of story.

To the eyes of Augustine, however, this familiar story isn't so easy and hasn't finished by far. Mulling over, by the way in the year 397,<sup>13</sup> the reason why the God of justice, of one unborn pair of twins, chose to love one, by the name of Jacob, and to despise the other, Esau, Augustine recognised clearly that none of both could possibly have sinned because sinning is something unborn children just don't do. But punishing innocent people, too, is something a righteous God just doesn't do. Under the condition of God's justice, therefore, there must be some blame somewhere justifying Esau's prenatal damnation.

---

<sup>13</sup> The crucial text, dividing Augustine's thought like a watershed, is his response to the 2nd question of Simplician: *De diversis quaestionibus ad Simplicianum* I.2, in: *Logik des Schreckens. Augustinus von Hippo: Die Gnadenlehre von 397*. Lat./Dt. (hrsg. u. erklärt von Kurt FLASCH), Mainz 1990, 148-239.

And that is where the bishop of Hippo gives a twist to the whole doctrine of original sin as it has been taught, even by himself, before 397. Up until then original sin, roughly speaking, has been nothing personal. To be sure, human condition was changed to mortality and damnation was close at hand but concerning original sin the blame of it has been put back to zero by Christ the Redeemer who “taketh away the sin of the world” so that, by their own free will and with constant help of God’s grace, all believers have been enabled to avoid mortal sin during life’s pilgrimage and to regain, finally, immortality.

This changes dramatically with Augustine’s answer to the second of some questions asked by the actual or soon-to-be bishop of Milan, Simplician. Based on his search for some reason of Esau’s damnation in his mother’s womb Augustine concluded the individual or personal character of original sin. Not only Adam had sinned and made it, in consequence, just quite a bit harder for his offspring to answer God’s call as man has been created to, but now mankind is soiled to the core by original sin in such a way that each human being has individually sinned in Adam and, thus, has to bear the blame of it.

Obviously still accepting the principle “no punishment without individual blame” which Augustine has defended in *De libero arbitrio*<sup>14</sup> the case for God’s justice, evidently, depends on personalising original sin if even an unborn child might be condemned righteously. In order to solve this riddle it should help to recall a few distinctions. First, it is not the — providence, for now, put aside — anonymous unborn child who is going to be born the man Esau qua unborn child whom God despises and condemns but the individual Esau after he has been born and will sin inevitably during his life — as his twin Jacob doubtlessly will do also. It is not just possible people respectively perhaps preexisting souls or the like who are condemned or saved but actual human beings whose existence is beginning with birth which is why Augustine refuses to commit himself to one of the pertinent theories on soul’s existence.<sup>15</sup> Second, there is a difference between original sin which is as has to be shown being individual and actual sin being personal. Third, even if the body is instrumental in sinning it is

<sup>14</sup> Conf. *De lib. arb.* III.15, 43-46 pass.

<sup>15</sup> Conf. Gillian R. EVANS, *Augustine on Evil*, Cambridge 1982, 124 p.

neither the root of evil nor the cause of original sin. On the contrary, both lie in the soul, more precisely in free will. Therefore original sin corrupts the mind, that is reason and will which must not be treated as separate mental entities because neither of them is able to work properly without the other: Knowledge starts with attention which presupposes election, while action needs a clear-cut objective which in turn presupposes cognition.

Both the cognitive and the appetitive function of the mind are flawed by original sin, that is they are tainted by the same evil but in similar however different ways. Evil, as Augustine explains in *De libero arbitrio III*,<sup>16</sup> exclusively consists in turning away from God. This action first and foremost is located in the soul and is at first realised by man's claiming of his own, physical source of ostensible knowledge which is not at God's command and his taking pride in drawing on this source alien to God's truth. What, on a first glance: despite His omniscience, cannot be available to God is sensual perception because He is an immaterial, purely spiritual being unaffected by any kind of change. But since there is just one eternal truth which cannot be altered there is simply no need to gather and reflect on sensual perceptions and to form empirical judgments in order to learn that truth. On the contrary, because both subject and object of sensual perception are changing permanently sensual perception is no possible means to recognise eternal truth — not to mention the fallibility of each and any empirical proposition. Therefore, the road to truth is abandonment of sensual perception — which God does not have anyway although He knows it by knowing the minds of His creatures.

So, man's turning away from God consists at first in turning to his own physical senses thereby confusing his thought by focusing only on 'bodily images' which jam the road to truth.<sup>17</sup> But if it is reason offering possible objectives to the will so that it may choose and if the same reason functions on the base of sensual perception then will can choose only between different sensual, that is material, goods — which are no true goods at all due to their fleeting nature. As adequate to man's bodily desires these goods may be they detract man from his spiritual essence the preservation and culture

---

<sup>16</sup> Conf. *De lib. arb.* II.19, 53 pass.

<sup>17</sup> Conf. EVANS 1982, ch. III.

of which should have been and should be man's only aim. And he has been created perfectly in order to achieve this aim by having no unfulfilled bodily desires since he was not prone to death, illness, or pain and had no need to work for his subsistence. After the fall however his spiritual needs are eradicated by ever-changing bodily desires yearning to be satisfied which, consequently, can only be done with material goods triggering corresponding sensual experiences, that is physical pleasure. In consequence of Adam's turning away from God, therefore, man's thought is engulfed by an unceasing flood of images of possible sources of pain and pleasure and his will knows no better than to flee the first and to strive for the latter. Thus, man's postlapsarian existence is dominated inevitably by concupiscence, the desire for carnal lust. The essence of original sin and, also, evil is the preference of change over stability,<sup>18</sup> of contingent and ephemeral lust which always has to be renewed and even augmented over everlasting and unchanging spiritual pleasure.

The result of Adam's fall is concupiscence, and this is a new trait in human nature which cannot be erased by baptism, simple acceptance of Christian faith or a sheer act of willing. For now, after the Fall, human nature encloses the desire for carnal lust which everybody, for the sake of his soul, has to fight at every moment of his existence. Original sin has tainted with evil every individual, that is any and each single member of the human species. However, this evil streak amounts to much more than just a generic potential to do evil which may lurk in every human being but has not to be actualised by each one since actually doing evil presupposes an appropriate act of free will producing the evil deed. Therefore, it should be possible, also by an act of free will, to abstain from doing evil.

Formally correct as this straightforward thought may be the argument misses the crucial point of Augustine's reformulation of the doctrine of original sin because there are simply no good courses of action free will might choose over evil ones. Since reason is overwhelmed by sensual perceptions and, hence, is acting on a strictly sensual base after the fall it presents to will only possible objectives which are also sensually determined. Thus only evil can be chosen. Notice, that even this does not eliminate free will

---

<sup>18</sup> Conf. *ibid.*, 94 p.

completely: If free will is a mental faculty to choose between alternatives it can act according to this definition even if not all possible or perhaps a special kind of alternatives are at hand.

Nonetheless each individual, due to concupiscence having the potential to do evil respectively to sin is going to do evil or to sin sometime. And each human being is going to do so both willingly as an individual and, given the occasion, knowingly as a person. As any other being created each member of the human species is an individual endowed with all attributes according to its nature, in the case of postlapsarian man e.g. reason, will, and concupiscence. So, if man indeed is bound to choose evil for the lack of truly good alternatives and if the attributes mentioned do define, among others, manhood then he should start to do or behave evil, yet to sin mortally right from birth. And that is exactly what Augustine is proposing when he describes the behaviour of babies and small children:

“Who remindeth me of the sins of my infancy? for in Thy sight none is pure from sin, not even the infant whose life is but a day upon the earth. Who remindeth me? doth not each little infant, in whom I see what of myself I remember not? What then was my sin? was it that I hung upon the breast and cried? for should I now so do for food suitable to my age, justly should I be laughed at reprov'd. What I then did was worthy reproof; but since I could not understand reproof, custom and reason forbade me to be reprov'd. For those habits, when grown, we root out and cast away. Now no man, though he prunes, wittingly casts away what is good. Or was it then good, even for a while, to cry for what, if given, would hurt? bitterly to resent, that persons free, and its own elders, yea, the very authors of its birth, served it not? that many besides, wiser than it, obeyed not the nod of its good pleasure? to do its best to strike and hurt, because commands were not obeyed, which had been obeyed to its hurt? The weakness then of infant limbs, not its will (sc. mind), is its innocence. Myself have seen and known even a baby envious; it could not speak, yet it turned pale and looked bitterly on its foster-brother. Who knows not this? Mothers and nurses tell you that they allay these things by I know not what remedies. Is that too innocence, when the fountain of milk is flowing in rich abundance, not to endure one to share it, though in extremest need, and whose very life as yet depends thereon? We bear gently with all this, not as being no or slight evils, but because they will disappear as years

increase; for, though tolerated now, the very same tempers are utterly intolerable when found in riper years.”<sup>19</sup>

The alleged sinfulness of infancy is, after all, not very hard to explain against the background of Augustine’s doctrine of original sin: Each infant whose mind (*animus*), due to its flawed nature, cannot be innocent in the least just acts out concupiscence without any restraint. Doing so it is sinning right from birth — even mortally as Augustine’s example shows, for envy is one of the cardinal sins.

However, even if such behaviour seems to fade away with education and transition to adulthood, concupiscence, of course, does not go away. Its execution just gets more subtle as it is hampered by the accidental customs and laws of the society people are born into. In order to be recognised as responsible parts of worldly societies and to be able to pursue their happiness undisturbed they are forced by private, social, or juridical sanctions to accept these rules. But as contingent and changeable those rules are so are the individual or even social concepts of happiness people might

---

<sup>19</sup> Conf. I.7, 11 (BERNHART, 26 p.): “Quis me commemorat peccatum infantiae meae, quoniam nemo mundus a peccato coram te, nec infans, cuius est unius diei vita super terram? Quis me commemorat? an quilibet tantillus nunc parvulus, in quo video quod non memini de me? Quid ergo tunc peccabam? An quia uberibus inhiabam plorans? Nam si nunc faciam, non quidem uberibus, sed escae congruenti annis meis ita inhians, deridebor atque reprehendar iustissime. Tunc ergo reprehenda faciebam, sed quia reprehendentem intellegere non poteram, nec mos reprehendi me nec ratio sinebat. Nam extirpamus et eicimus ista crescentes, nec vidi quemquam scientem, vum aliquid purgat, bona proicere. An pro tempore etiam illa bona erant, flendo petere etiam quod noxie daretur, indignari acriter non subiectis hominibus liberis et maioribus hisque, a quibus genitus est, multisque praeterea prudentioribus non ad nutum voluntatis obtemperantibus feriendo nocere niti quantum potest, quia non oboeditur imperiis, quibus perniciose oboediretur? Ita imbecilitas membrorum infantilium innocens est, non animus infantium. Vidi ego et expertus sum zelantem parvulum: nondum loquebatur et intuebatur pallidum amaro aspectu conlactaneum suum. Quis hoc ignorat? Expiare se dicunt ista matres, atque nutrices nescio quibus remediis. Nisi vero et ista innocentia est, in fonte lactis ubertim manante atque abundante opis egentissimum et illo adhuc uno alimento vitam ducentem consortem non pati. Sed blande tolerantur haec, non quia nulla vel parva, sed quia aetatis accessu peritura sunt. Quod licet probes, cum ferri aequo animo eadem ipsa non possunt, quando in aliquo annosiore deprehenduntur”.

pursue. There is just one thing to say about those notions with any certainty: They will be based on material, worldly, timely, in short: mundane goods like money, luxury, power, health, other people's love, even civil virtue<sup>20</sup> and so on or in fact consist in their acquisition. The city of man (*civitas terrena*) against Augustine most sharply counterposes the city of God (*civitas Dei*) offers and promotes only purposes which are adequate to the constitution of fallen man and therefore not good at all but evil. Thus, even if one adheres to some more or less elaborate, perhaps philosophical theory of individual or social happiness and believes thus justifying his way of living and his daily conduct as well such person has not really transcended the natural evil behaviour of infancy. It just does look better.

For now, penned in the corral of society's rules, he may strive for those goods he has chosen in order to satisfy his desires in accord with these rules or he may bend or break them openly or secretly to reach his goal faster, what he aims for is and shall remain improvement or preservation of his own worldly constitution: Like the child he keeps being enslaved by concupiscence. However, unlike the child an adult person will react differently to it since his mental faculties are more developed. Just to mention two points: First, she will know about the rules expected to be followed and, therefore, will know when she bends or breaks them, too. So, she will, in this lamentable case, try to act prudently and to avoid punishment. Second, she might reflect on, even analyse her actual condition by researching its causes and by matching it against own ideas as to how it should be at one's own sweet will and might make plans to change the situation accordingly and take action. Evidently, doing all that is impossible without grasping the three different dimensions of time: In order to act an adult will take stock of the present by attention, will remember the course of past events which lead to the present situation and also examples of analogous cases by memory, and design possible courses of future action to reach a goal most efficiently by expectation. To cut it short: Mundane action, and only mundane action, presupposes measuring time. There is indeed no other reason for measuring time than the necessity

---

<sup>20</sup> Conf. Kurt FLASCH, *Augustin. Einführung in sein Denken*, Stuttgart 1980, 389.

to act. And the necessity to act, that is to try to change a situation for the better or to preserve it because it is perceived as agreeable, originates from concupiscence which is in itself nothing but the evil streak in man's nature originating from the sin of Adam. Time as it is created exclusively and inevitably by man's mental activity even without acting externally, thus, is the mark of evil.

#### IV. The Mark of Evil

Since each human being sins individually right from birth and is going to sin personally when grown up enough to do so, justice pure and simple demands to throw the whole of mankind, the "mass of perdition" (*massa damnata*), into damnation. Justice, however, at least in Augustine's opinion, cannot be breached by grace. So, God in His love for man and in order to heighten both His glory and the happiness of the saved chooses few by predestination at the same time condemning the major part of mankind already before creation according to His inscrutable will.

Putting all, especially logical questions aside which have spurred great minds like Luis de Molina or G. W. Leibniz to most brilliant solutions it is easy to see that man's unhappy situation which Augustine describes at the end of his treatise of time is not just a very unfortunate consequence of an event long time ago which might be overcome by man in active cooperation with God but personal punishment which might be remitted only by God with His essentially undeserved gift of grace. For, seen from the Augustinian point of view, presuming free will itself could be capable of setting to rights its very own subject respectively its own flawed nature would demand from human will too much to a degree so absurd that believing in such power would amount to sheer blasphemy because it concedes man the power to regain immortality that is the power to overcome death, illness, age, and, all in all, God's righteous punishment only by an act of will or by a series of such acts. But, clearly, such godlike power has never been and cannot be given to any created being. In teaching this, that is in teaching that man is able to become like God, in Augustine's eyes, lies the core of the



Pelagian heresy against which he fights tooth and nail — although it may very well appear as if he invented this enemy himself.<sup>21</sup> Be that as it may, according to Augustine, the corruption of man's mind calls for a massive intervention in nature which can be made by God alone, and this is grace.

Thus the wheel has come full circle: Because after the fall man's free will is debased in such a way that it is only free to choose evil man is condemned to repeat the sin of Adam by any act of will desiring mundane goods in order to change his actual condition to the better. However, doing so is only possible under the condition of distinguishing periods of time which activity, according to Augustine's analysis, is focussed exclusively on the fleeting goods of this world as the highest good, God himself, is unchangeably existing in eternity which precludes any kind of measuring time because there is nothing to measure anyway. The sheer possibility of man following his concupiscence, his striving for any lust whatsoever, defining his estrangement from God, depends on measuring time, and time does exist in the soul only when change is measured by the mind. Mortality unfolds its character as punishment only by the measuring of time and this is something the mind alone just cannot eschew. It is not without irony that in measuring time which is an act human mind exclusively is able to execute while, at once, being unable to stop it at will the soul of man is punishing itself. The distension of the mind wherein time only exists is both punishment and the mark of evil: Sin bears its own punishment.

---

<sup>21</sup> Conf. EVANS 1982, 137-149.



# PUNISHMENT AS TIME-OUT

*Joachim Renzikowski<sup>1</sup>*

University of Halle-Wittenberg

## I. Introduction

Some spontaneous ideas about time and punishment: In ice hockey a penalty is a punishment for a violation of the rules. The respective player is sent to a penalty box where he must stay for two minutes. During this time, the opposing team has the chance to carry out a power play with one additional player on the ice. Comparably, handball also features a punishment of a two minute time penalty.

Like a criminal punishment, these types of sanctions are official reaction to the breaking of a rule. They are inflicted to enforce the rules which are aimed to guarantee a fair competition. To the players affected, time penalties are evils. This also applies to their team for which outnumbered playing is a handicap. In comparison, a criminal sanction also affects people apart from the offender himself, such as the family that loses a provider. However, unlike the criminal, the player will be back in the game after the time penalty

---

<sup>1</sup> I have to express my gratitude to Kevin Crow (Halle / Boulder, Colorado) and Inês Godinho (Coimbra) for many suggestions and reviews.

is served. Even after a complete dismissal the player is allowed to readily continue his sport immediately after serving the disqualification period. By contrast, criminal punishment often causes serious consequences for the career and the social life of the convicted person.

We can conclude from this that the connection between time and punishment in criminal law is more complex than that in sports. In the following sections, I will discuss this highly interesting relation within the framework of the different criminal theories on the purpose of punishment: retribution and prevention.

## II. Time and Retribution

### 1. Some general remarks on retribution

Today, retributivism in the tradition of Kant or Hegel seems to be odd, if not completely unscholarly. The idea of retribution is said to ignore all the social goals of the law. According to the critics retributive criminal theories lead to the infliction of punishment even if it was useless to protect legal interests, or worse, destructive. In such a case, punishment could not be legitimated for it was not the state's task to cause metaphysical justice.<sup>2</sup>

This kind of criticism smells like target practice. Nothing of it is right. Admittedly, Kant designates the criminal law as a categorical imperative and rejects any pragmatic arguments of benefit:

“Punitive Justice (*justitia punitiva*), in which the ground of the penalty is moral (*quia peccatum est*), must be distinguished from punitive Expediency, the foundation of which is merely pragmatic (*ne peccetur*) as being grounded upon the experience of what operates most effectively to prevent crime.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Cf. Claus ROXIN, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, Band I: *Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4<sup>th</sup> ed., München 2006, § 3 N. 8; for an accurate answer see Rainer ZACZYK, „Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens“, in: *Menschengerechtes Strafen. Festschrift für Albin Eser*, 2005, p. 207 ff.

<sup>3</sup> Immanuel KANT, „Metaphysik der Sitten“ (1797), in: *Kants gesammelte Schriften*. Hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Vol. 6, Berlin 1907, p. 203, 363 f., footnote to

The legitimation of punishment is prior to any observations on its use and it follows directly from the law itself. Due to the fact that the sovereign enacted the law violated by the perpetrator, the latter must be punished. Punitive expedience is simply not a legal aspect. That does not mean that it is completely irrelevant for it can be considered in the way the sentence is executed. We will return to this later.

However, the execution of a sentence seems to degenerate into a pure formality if the civil society disbands completely. On this basis the famous example of the island looks like a purposeless and therefore ultimately useless act of pure revenge. As Kant writes:

“Even if a Civil Society resolved to dissolve itself with the consent of all its members – as might be supposed in the case of a People inhabiting an island resolving to separate and scatter themselves throughout the whole world – the last Murderer lying in prison ought to be executed before the resolution was carried out. This ought to be done in order that every one may realize the worth of his deeds, and that blood guiltiness may not remain upon the people; for otherwise they might all be regarded as participators in the murder as a public violation of Justice.”<sup>4</sup>

Of course, the complete dissolution of a real society is too improbable for any criminal to hope for getting away unpunished. Nevertheless, such reasoning would fail the point of the example

---

V. Addition to the Explanation of the Conceptions of Criminal Law: “Die Strafgerechtigkeit (*iustitia punitiva*), da nämlich das Argument der Strafbarkeit moralisch ist (*quia peccatum est*), muß hier von der Strafklugheit, da es bloß pragmatisch ist (*ne peccetur*) und sich auf Erfahrung von dem gründet, waqs am stärksten wirkt, Verbrechen abzuhalten, unterschieden werden.” My translation is based on the English edition by W. HASTIE, *Immanuel Kant, The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, Edinburgh: Clark, 1887.

<sup>4</sup> AA VI, p. 333: “Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), so müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, daß auf diese Bestrafung nicht gedungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.”

of the island. Because of the fact that the earth is a globe the former inhabitants of the deserted island would necessarily come in contact with other people again. In this case it is again a postulate of reason to establish a civil society. But how can anyone enter into a legal state with people who already demonstrated their contempt of the law? Because of the island's inhabitants' previous lie it feels hard to trust them.

A legal rule which is not applied is nothing more than a lie by the lawgiver. According to Kant the lawgiver is nothing else but the civil society in its entirety. Therefore, the lawgiver's lie – like any other collective guilt – means a blood guilt for every single member of the respective collective. Thus, by the example of the island Kant wants to demonstrate that one cannot contest the law on categorical grounds. The consequence of the non-execution of the sentence would be a complete lack of rights – which is not an acceptable alternative.

In a similar way Hegel legitimates punishment by the authority of the law.

“The doing with crime is retribution, in so far as retribution is in its conception injury of an injury.”<sup>5</sup>

According to Hegel a crime is the negation “of the very capacity for possessing rights”.<sup>6</sup> On this basis, punishment can be characterized as “negation of the negation” which shall re-establish

---

<sup>5</sup> Georg Friedrich Wilhelm HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, § 101: “Das Aufheben eines Verbrechens ist insofern Wiedervergeltung, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist.” My translation is based on the English edition by W. DYDE, *Hegel's Philosophy of Right*, London: George Bell & Sons, 1896.

<sup>6</sup> GL § 95: “Der erste Zwang als Gewalt von dem Freien ausgeübt, welche das Dasein der Freiheit in seinem *konkreten* Sinne, das Recht als Recht verletzt, ist *Verbrechen*, – ein *negativ-unendliches Urteil* in seinem vollständigen Sinne (...) durch welches nicht nur das Besondere, die Subsumtion einer Sache unter meinen Willen (...), sondern zugleich das Allgemeine, Unendliche im Prädikate des Meinigen, die *Rechtsfähigkeit*, ... ebenso gegen diese negiert wird, – die Sphäre des *peinlichen Rechts*.” – “A first violence, exercised by a free man, and doing injury to the concrete embodiment of freedom, namely right as right, is crime. Crime is the negative-infinite judgment in its complete sense. It negates not only the particular object of my will, but also the universal or infinite, which is involved in the predicate ‘mine’, the very capacity for possessing rights. ... Here we are in the realm of criminal law.”

the law. Like Kant, Hegel clarifies that a crime is not only a personal matter but a common injury, because “when one member of a community suffers, all others suffer with him”.<sup>7</sup> The infringement of the public law calls for a public reaction.

“The place of the injured person is now taken by the injured universal, which is actualized in a special way in the court of justice. To pursue and punish crime is its function, which therefore ceases to be a mere subjective retaliation or revenge, and is in punishment transformed into a true reconciliation of right with itself.”<sup>8</sup>

In light of all the forgoing considerations, what is retribution? Retribution is not a goal in itself. Retribution is nothing more than the definition of the criminal sanction, a pain, inflicted “upon a Subject on account of a Crime committed by him”<sup>9</sup> as an expression of blame: “The juridical effect of a demerit is punishment (poena).”<sup>10</sup> Neither Kant nor Hegel speak anywhere about the infliction of harm as an end in itself.

The controversy between retributivism and prevention is a pseudo problem. Any legal norm, and not only criminal norms, aims at affecting the behavior of the citizens and is therefore preventive.

---

<sup>7</sup> GL § 218 Anmerkung: “Daß in *einem* Mitgliede der Gesellschaft die anderen *alle* verletzt sind, verändert die Natur des Verbrechens nicht nach seinem Begriffe, sondern nach der Seite der äußeren *Existenz*, der Verletzung, die nun die Vorstellung und das Bewußtsein der bürgerlichen Gesellschaft, nicht nur das Dasein des unmittelbar Verletzten trifft.”—Note: “The fact that, when one member of a community suffers, all others suffer with him, alters the nature of crime, no indeed in its conception, but in its external existence. The injury now concerns the general thought and consciousness of the civic community, and not merely the existence of the person directly injured.” In a similar way Kant (AA VI, p. 333) writes: “Wer da stiehlt, macht aller anderer Eigentum unsicher.”—“In this way, that who ever steals anything makes the property of all insecure.”

<sup>8</sup> GL, § 220: “Statt der verletzten Partei tritt das verletzte *Allgemeine* auf, das im Gerichte eigentümliche Wirklichkeit hat, und übernimmt die Verfolgung und Ahndung des Verbrechens, welche damit die nur *subjektive* und zufällige Wiedervergeltung durch Rache zu sein aufhört und sich in die wahrhafte Versöhnung des Rechts mit sich selbst, in *Strafe* verwandelt.”

<sup>9</sup> KANT, AA VI, p. 331.

<sup>10</sup> KANT, AA VI, p. 227: “Der rechtliche Effekt einer Verschuldung ist die Strafe (poena).” In this way, Kant anticipated the modern expressive criminal theory, cf. A. P. SIMESTER/Andrew VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs*, 2011, p. 10 ff.

However, legal norms must be enforced – otherwise they are not law.<sup>11</sup> By punishing criminals the state demonstrates the authority of the law.<sup>12</sup>

## 2. The degree of penalty

Nevertheless, the question remains, which sanction is adequate? Here, Kant supports a rigorous talion:

“But what is the mode and measure of Punishment which Public Justice takes as its Principle and Standard? It is just the Principle of Equality ... This is the Right of Retaliation (*jus talionis*); ... it is the only Principle which ... can definitely assign both the quality and the quantity of a just penalty.”<sup>13</sup>

Thus, a murderer must be sentenced to death. The proportionate punishment for robbers and dealers is forced labor. It is easy to see that these examples do not fit. In the famous judgment in the Soering case<sup>14</sup> the European Court of Human Rights found out that extradition with the risk of capital punishment entails a breach of article 3 ECHR, the prohibition of torture and inhuman punishment. Obviously, there is a difference between killing a person and torture. The degree of forced labour is unclear. If it is just about

---

<sup>11</sup> Usually the connection between punishment and prevention is more evident in the context of criminal norms. However, taxes must be levied, construction bans must be enforced and judgments must be executed. This is the point of Kelsen’s understanding of a norm as a coercive norm, connecting the matter of fact with a sanction (that is punishment or execution), cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, p. 25 f.

<sup>12</sup> See also Wolfgang FRISCH, „Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat“, in: C. FAHL *et al.*, eds., *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke*, Heidelberg 2015, p. 103, 108 f.

<sup>13</sup> AA VI, p. 332: “Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und zum Richtmaße macht? Kein anderes als das Prinzip der Gleichheit. ... Nur das Wiedervergeltungsrecht (*jus talionis*) ... kann die Qualität und die Quantität der Strafe bestimmt angeben.”

<sup>14</sup> Cf. ECtHR, judgment 7 July 1989, App. no. 14038/88 (Soering v. The United Kingdom), §§ 100-111.



compensation of property loss, the convicted may avoid the execution of the sentence by paying damages immediately. Forced labour in excess of compensation seems to be unproportional. Anyway, time<sup>15</sup> does not seem to be of any relevance in the kantian concept of punishment. Kant himself concedes the limits of talion with respect to rape, pederasty and bestiality. Crimes like this

“do not admit of the application of this Principle of Retaliation, as being either impossible in itself, or as in the circumstances involving the perpetration of a penal offense against Humanity generally.”<sup>16</sup>

Hegel, even though not an explicit opponent to the death penalty, ridicules this position:

“To adhere obstinately to the equalization of punishment and crime in every case would reduce retribution to an absurdity. (...) although the criminal, as we can easily fancy, might have only one eye or be toothless.”<sup>17</sup>

Instead of that, Hegel continues,

“Equality becomes only a general rule for determining the essential, namely, a man’s real desert, not for deciding the special external penalty.”<sup>18</sup>

Because “crime has a definite qualitative and quantitative context”, its “negation”, that is its punishment, should be similarly definite. Only punishment means “equality in the inherent nature of the injury, namely, its value”.<sup>19</sup> It is the “task of the understanding”, to approach as nearly as possible to this “equality in value”.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> For details to his concept of time see Immanuel KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (1781), in: *Kants gesammelte Schriften*. Hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 4, Berlin 1911, A 36 ff.

<sup>16</sup> AA VI, p. 363: “... Verbrechen ..., die keine Erwidernng zulassen, weil diese entweder an sich unmöglich oder selbst ein strafbares Verbrechen an der Menschheit überhaupt sein würden.“

<sup>17</sup> GL, § 101 – Note: “Es ist sehr leicht, die Wiedervergeltung der Strafe (...), wobei man sich vollends den Täter als einäugig oder als zahlos vorstellen kann) als Absurdität darzustellen.“

<sup>18</sup> GL, § 101 – Note: “Die Gleichheit bleibt nur die Grundregel für das *Wesentliche*, was der Verbrecher verdient hat, aber nicht für die äußere spezifische Gestalt dieses Lohns.“

<sup>19</sup> All quotations from GL, § 101.

<sup>20</sup> GL, § 101 – Note.

For this purpose one can consider that the criminal offender misuses his freedom and violates the laws of freedom. By this, the offender excludes himself in a certain way from a participation in the civil society.<sup>21</sup> As a consequence, punishment gives the same back to the offender. Punishment is a way to exclude an individual from full participation by a loss of rights.

In other words: The currency of punishment is freedom, its value is time. Through punishment, the offender is restricted to use his freedom for a certain time. The value of time shall be proportionate to the committed harm. This is meant by Hegel's "equality in value". The more severe the crime, the more strict the sentence or rather the longer the loss of freedom shall be. The value of a certain crime can depend on the importance of the legal protected interest in question, on the amount of damages, or on the number of injured persons. In any case, the sentence must be orientated to the break of the concrete legal rule. But it is quite clear that this equality of value is contingent and depends upon the cultural and social conditions of each respective society.

If punishment as loss of freedom is measured in time, the question arises, whether the different subjective perceptions of time should be considered.<sup>22</sup> For example, some authors suggested that generally foreign criminals should stay longer in jail, because prison sentences in their home countries last longer or are less comfortable.<sup>23</sup> The economic analysis of law establishes another reasoning

---

<sup>21</sup> Kant (AA VI, p. 331) differentiates between a private crime ("Privatverbrechen") which is ruled by the civil courts, and the public crime (*crimen publicum*) which endangers not only a private person but the commonwealth ("gemeines Wesen"). Such a crime makes him who commits it incapable of being a citizen.

<sup>22</sup> On the sense of time see Edmund HUSSERL, *Vorlesungen zur Phänomenologie des inneren Zeitbewußtseins*, hrsg. von Martin HEIDEGGER, *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung IX* (1928) p. 367 (382 ff.); Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 1927, p. 323 ff. et passim.

<sup>23</sup> Friedrich-Christian SCHROEDER, „Strafen zum Heimattarif?“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 13 (October 1983) p. 12; Stefan GRUNDMANN, „Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen im Strafrecht. Zur „Datumtheorie“ im internationalen Strafrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift* (1985) p. 1251 (1254 f.); critical Cornelius NESTLER-TREMEL, „Auch für Ausländer gilt allein das deutsche Strafrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift* (1986) p. 1408. The German Federal Court tends not to approve these opinion,

based on a quite different starting point. This position considers the costs of crime and punishment. How high the cost for a certain crime must be to deter a person from committing this crime? So the differentiation with respect to the effect of a sanction to the criminal becomes important.<sup>24</sup> To exhaust this approach one could argue that for a white collar criminal the pure judgment may suffice because of its associated loss of reputation. Furthermore, said criminal provides valuable activity for his firm. In contrast, a homeless person has nothing more to lose so he should be jailed for his crime, even if it is just a bagatelle. In this way, individualized sentencing is orientated to the individual value of freedom for the person concerned. Indeed, for a sentence to be deemed as just, it has to weigh all individual factors both mitigating and aggravating ones. However, criminal law does not determine the abstract penalty according to one's individual perception. This is rightly so, because considering the decisive factor to be the degree of culpable injustice, the sanction must be equivalent to the misuse of freedom.

An alternative to a prison sentence is a fine. The loss of money also affects the freedom to act in a certain way. At least the convicted person has to work for his or her money, and this takes time which could be used for other activities. "Time is money", or in other words: Money is liquid freedom. Therefore the fine could be calculated based upon the perpetrator's daily rate of income. In German criminal law, one so-called "Tagessatz" corresponds with one day in prison. If the convicted can – or will – not pay the fine the "weak" loss of freedom mutates into a "hard" one, the fine changes into a prison stay.

One drawback of a fine is that anyone can pay it. If this person is not the offender himself the punishment does not have a direct effect on the convicted person.<sup>25</sup> One way out of this dilemma

---

see BGH judgment 15 November 1995 – 3 StR 484/95, *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport* (1996) 71.

<sup>24</sup> As far as I can see, the economic analysis of criminal law started with the famous essay by Gary S. BECKER, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy* 76 (1968) p. 169 ff.; cf. also POSNER, "An Economic Theory of Criminal Law", *Columbia Law Review* 85 (1985) p. 1193 ff.

<sup>25</sup> On further disadvantages see MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen*

could be compulsory labor which is allowed by article 4 paragraph 3 of the European Convention on Human Rights for “any work required to be done ... during conditional release from ... detention” “after a conviction by a competent court” (art. 5 § 1 (a) ECHR). Work is better than prison: It is cheaper and beneficial for the society, and the convicted can avoid unnecessary harm to his social contacts. This is the idea of my federal states program “Schwitzen statt Sitzen”.<sup>26</sup>

Last year, another alternative sanction was discussed in politics: a ban on driving. A driving ban is a usual sanction for a traffic offense. However, recently the idea came up whether it might be effective to establish it as a general sanction because a driving ban means a more severe infringement of personal rights than a fine.<sup>27</sup> This argument falls short. Retribution or harm is no end in itself. The idea of “equality in value” claims a connection between the offense and the punishment. Therefore, a driving ban should be reserved for traffic offenses or crimes while using a car. Nevertheless, this consideration was overridden more quickly than expected: On 22 June 2017 the German Bundestag decided on a driving ban up to six months for every crime.

---

— *absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, 2015, p. 19 ff.

<sup>26</sup> See: <<http://www.justiz.baden-wuerttemberg.de/pb/;Lde/Startseite/Themen/Schwitzen+statt+Sitzen>> – accessed 15 May 2017.

<sup>27</sup> Cf. the coalition agreement 2013, p. 102: “As an alternative to prison sentence and to create a sanction for persons for which a fine is not a sensible sanction we will establish a driving ban as separate punishment in criminal law.” - “Um eine Alternative zur Freiheitsstrafe und eine Sanktion bei Personen zu schaffen, für die eine Geldstrafe kein fühlbares Übel darstellt, werden wir das Fahrverbot als eigenständige Sanktion im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht einführen.” See also Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, <[http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Aenderung\\_StGB.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Aenderung_StGB.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> – accessed 17 May 2017. The number of its proponents is growing, cf. Peter KÖNIG, „Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität?“, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* (2001) p. 6 ff.; Thomas BODE, „Das Fahrverbot als allgemeine Nebenstrafe“, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* (2017) p. 1 ff.; critical Hartmut KILGER, „Fahrverbot als Hauptstrafe? Nein!“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2009) p. 13 ff.

### III. Time and resocialization

As demonstrated above punishment is defined as retribution. It is legitimized as an instrument to enforce the law. Nevertheless, all of this does not answer the question of how to execute a sentence. For Kant and Hegel, this question is not irrelevant. It is discussed right after the foundation of punishment in general. According to Hegel

”The treatment of punishment in its character as a phenomenon, of its relation to the particular consciousness, of the effects of threats upon the imagination, and of its possibility to reform is of great importance in its proper place, when the method of punishment is to be decided on. But such treatment must assume that punishment is absolutely just.“<sup>28</sup>

One desirable outcome of punishment is to hinder new crimes by the resocialization of the convicted: The offender is supposed to receive the chance reintegrate into society. In the following, we will consider the meaning of time in this context.<sup>29</sup>

The first problem is life imprisonment. The question is: Can any personal guilt, however severe it may be, justify a life sentence? In a famous judgment, the German Constitutional Court ruled on the constitutionality of life sentences. The Court found that a human execution of a prison sentence demands that any prisoner

---

<sup>28</sup> GL, § 99 – Note: “Die verschiedenen Rücksichten, welche zu der Strafe als Erscheinung und ihrer Beziehung auf das besondere Bewußtsein gehören und die Folgen auf die Vorstellung (abzuschrecken, zu bessern usf.) betreffen, sind an ihrer Stelle, und zwar vornehmlich bloß in Rücksicht der *Modalität* der Strafe, wohl von wesentlicher Betrachtung, aber setzen die Begründung voraus, daß das Strafen an und für sich *gerecht* sei.“

<sup>29</sup> The question whether and how punishment can prevent others from perpetrating crimes is highly controversial and cannot be discussed here. Cf. MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, 2015, p. 30 ff. with numerous references.

basically must have the chance to regain his freedom. The possibility of a pardon is not sufficient. Instead, it is necessary to put in order the requirements and the procedure for a release on probation. The Constitutional Court emphasizes that a perpetrator should not be debased to a mere object of crime prevention. The core of his human dignity would be violated if he had to give up any hope for freedom irrespective of any development of his personality.<sup>30</sup> The slogan “lock forever”<sup>31</sup> is unacceptable in a constitutional state based on fundamental rights. While retribution establishes “equality in value” between crime and punishment, the human right to be treated as a person is an external reason for a temporal limitation of punishment. However, the focus shifts if it aims at the society’s protection from a high-risk criminal. As long as the danger of severe crimes lasts a preventive detention can be justified.<sup>32</sup> Or in a Kantian terminology: The high-risk criminal is no longer treated as a person but as an animal, because his freedom is completely nullified.<sup>33</sup> In short, this is the case law of the German Constitutional Court. However, in the debate on the reform of murder politicians were not even able to comply with these principles. For political reasons, the abolition of life imprisonment was not seriously taken into consideration.<sup>34</sup> In contrast thereto, the Constitution of the

---

<sup>30</sup> BVerfG, judgment 21 June 1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187; see also BVerfG, judgment 22 April 1986 – 2 BvR 1146/85, BVerfGE 72, 105. Similarly, the Grand Chamber in *Vintage et al. v. The United Kingdom* (judgment 9 July 2013, App. no. 66069/09, 130 and 3896/10, §§ 109-122) emphasised that a life sentence without any possibility of release is a breach of article 3 ECHR.

<sup>31</sup> As the former Chancellor *Gerhard Schröder* in 2001 commented a fatal outbreak of a child abduction with sexual abuse.

<sup>32</sup> BVerfG, judgment 4 May 2011 – 2 BvR 2333/08 et al., BVerfGE 128, 326. The Court stressed the need for therapy and periodic judicial control whether the danger persists. See also ECtHR, judgment 18 September 2012, App. no. 52119/09, 57715/19 and 57877/09, *James, Wells and Lee v. The United Kingdom*, §§ 205-222, 231, where the Court derived from article 5 ECHR a right to resocialisation.

<sup>33</sup> Cf. Alexander AICHELE, „Grüße von Sam. Zum Verhältnis von Zurechnungsfähigkeit und Menschheitsbegriff am Paradigma der Rechtsphilosophie“, in: M. KAUFMANN/J. RENZIKOWSKI, eds., *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, p. 247 ff.

<sup>34</sup> Cf. Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 – 213, 57a StGB) dem Bundesminister für Justiz und

Portuguese Republic, in an exemplary manner, prohibits lifelong imprisonment in its Art. 30, nr. 1.

Another point is related to the effects of a prison sentence. Serving a sentence means more than a mere loss of freedom. Usually, the prisoner loses his job and his social contacts. Also family life ceases. Such negative consequences are connected even with a short-term imprisonment. Finally, the risk exists that one anti-social subculture is replaced by the prison subculture, and a petty crook learns how to more successfully complete a crime when he gets his next opportunity.<sup>35</sup> On the other side, there are no positive effects of short term imprisonment on the convicted person. Social therapy, training programs or – simple – education takes time. Therefore, in German law, short-term imprisonment is limited in favor of probation and fines.

Surprisingly, these principles are more recently contested when dealing with juvenile perpetrators. Juvenile criminal law, which exclusively aims at the individual's rehabilitation, is no longer seen as an adequate atonement for teen felons. The ideology of short sharp shock seems to be a better reprehension for wrongful conduct.<sup>36</sup> Based on this consideration the German legislator implemented the so called „Warnschussarrest“ by the „Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten“ from

---

Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt, p. 53 f., <[http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht\\_Experten\\_Toetungsdelikte.pdf;jsessionid=3D22DA298DAEC542CE1E-E00CAF7A9E33.2\\_cid289?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf;jsessionid=3D22DA298DAEC542CE1E-E00CAF7A9E33.2_cid289?__blob=publicationFile&v=2)> – accessed 21 May 2017. Critical Volker HAAS, „Die Notwendigkeit einer Reform der Tötungsdelikte. Zugleich eine kritische Würdigung des Abschlussberichts der Expertengruppe“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 128 (2016) p. 316 (347 ff.).

<sup>35</sup> For details see LERMAN, *The Modern Prison Paradox*, 2013, p. 94 ff.; GENDREAU/GOGGIN, *The Effects of Prison Sentences on Recidivism, User Report: 1999-3* – <<https://www.prisonpolicy.org/scans/e199912.htm>>, accessed 29 May 2017; especially to juvenile offenders BAYER/HJALMARSSON/POZEN, „Building Criminal Capital behind Bars: Peer Effects in Juvenile Corrections“, *The Quarterly Journal of Economics* (2009) p. 106 ff.

<sup>36</sup> Cf. Bundestagsdrucksache 17/9398, p. 7, 9; WERWIGK-HERTNECK/REBMAN, „Reformbedarf im Bereich des Jugendstrafrechts?“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2003) p. 225 (229 f.); MÜLLER-PIEPENKÖTTER/KUBINK, „Warn(schuss)arrest“ als neue Sanktion – rationale Perspektive für eine ewige Kontroverse“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2008) p. 176 ff.

4 September 2012<sup>37</sup> as a new sanction in juvenile criminal law. As we have seen, this does not have a sound theoretical basis. In truth, this idea arises from the need for revenge, but harm is not an end in itself and neither is retribution.<sup>38</sup> Nevertheless, according to an evaluation by “Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.V.” neither the expectations of the supporters nor the apprehensions of the critics seem to come true.<sup>39</sup>

#### IV. Conclusion

Time has a different meaning to punishment. First, time is the degree to measure the loss of freedom which corresponds to the “value” of the crime. As shown above, human dignity, an argument beside of time, can limit the maximum period of a prison sentence. With regard to the execution of a sentence, punishment ideally works as a time-out after which the refined criminal will settle back into society as a better person. For this purpose, it is necessary to use the time of imprisonment for resocialization. Otherwise, the time is wasted. This depends on the convicted person, but also on the efforts of society. The fact of the matter is that every way to come to terms with crime has its costs. There are no simple solutions.

---

<sup>37</sup> Bundesgesetzblatt 2012 I, p. 1854 ff.

<sup>38</sup> For further criticism see VERREL/KÄUFL, „Warnschussarrest“ – Kriminalpolitik wider besseres Wissen“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2008) p. 177 ff.; KREUZER, „Warnschussarrest“: Ein kriminalpolitischer Irrweg“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2012) p. 2012, p. 102 f.

<sup>39</sup> KLATF *et al.*, „Evaluation des neu eingeführten Jugendarrests neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe (§ 16a JGG) – ausgewählte Ergebnisse einer empirischen Studie“, *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 27 (2016) p. 354 ff.



# O TEMPO E A PENA

*José de Faria Costa*

Universidade de Coimbra

## § 1. Considerações iniciais

Não há, na história da humanidade, escultor maior do que o tempo. O seu ininterrupto avançar fica indelevelmente marcado em nós, nos nossos rostos e nos nossos corpos. Mas as rugas e o encarquilhar da pele que denunciam a passagem de *Cronos* manifestam-se, do mesmo jeito, na nossa comunidade e nos múltiplos aspectos que a compõem, densificam e caracterizam. São manifestações diversas daquelas que nós, homens e mulheres de carne e osso, sofremos. Por certo que sim. Não deixam, porém, de ser manifestações igualmente verdadeiras e intensas. E, não raras vezes, ainda mais intensas, tão fortes que se usam denominar por momentos de ruptura. Momentos em que o cinzel do tempo, guiado, umas vezes, pela força indomável de ímpetos de irracionalidade e, outras, pela razão, provoca uma fenda que rasga o património espiritual e cultural em que nos encontramos mergulhados. E tais mudanças reflectem-se, como não poderia deixar de ser, no direito.

## § 2. As diferentes compreensões do tempo

Antes, contudo, de nos debruçarmos sobre a influência do tempo na mundividência jurídica, importa que se clarifique o pedaço da realidade que tratamos quando falamos do tempo.

Há, em termos simples, posto que não simplistas, duas formas de entender o tempo: uma que se liga à sua linearidade e outra que se relaciona com a sua amplitude. Dito de um outro jeito: podemos falar do tempo olhando-o na sua clássica divisão em passado, presente e futuro ou, em óptica diversa, vislumbrá-lo como um horizonte compreensivo tão vasto que se identifica em tempo longo e tempo breve.

Este modo de perceber o tempo não prejudica — sublinhe-se — a sua tradicional repartição em ontem, hoje e amanhã (palavras aqui utilizadas, é bom que se diga, no seu sentido interpretativo mais generoso). Conquanto não se confundam e sejam independentes, as mencionadas compreensões do tempo interligam-se sem que, com isso, se anulem ou se afastem totalmente. Nós podemos, por exemplo, referir-nos a um tempo longo que corresponde a um pretérito muito distante ou ao milénio vindouro. Assim como podemos, em um prisma distinto, caracterizar como tempo breve o mês passado ou o que passará. E podemos fazê-lo porque ao vermos o tempo desta forma, vemo-lo como a unidade que ele é e não tão-só como a medida que ele nos proporciona no modo como observamos e valoramos o mundo que nos rodeia.

## § 3. O tempo e a sua repercussão no direito (penal)

§ 3.1. O pensamento jurídico — seja este entendido como o pensamento pensado e pensante mas também como o pensamento aplicado — é parte constituinte e constitutiva do aglomerado de pedaços de realidade que nos envolve. E, como tudo, está sujeito à implacável influência de *Cronos*, balanceando entre a constância que nos oferece a segurança e a certeza jurídicas e a mudança que visa

adequar a malha da normatividade aos problemas contemporâneos. É, como com facilidade se depreende, um equilíbrio complexo entre invariância e transitoriedade.

Para além disso, é um dado indesmentível que o direito, à semelhança do que sucede com os seres humanos, metamorfoseou-se pelo tempo. O direito de hoje é bem diferente daquele que existia na Idade Média ou no *Ancien Régime*. Neste sentido, o direito é mutável, evolutivo. Mas, no âmbito de um determinado período histórico, o direito apresenta constância, pelo menos no que respeita às grandes linhas metodológico-interpretativas.

Não se ignore, porém, que o nosso tempo — este tempo em que fervilha o caldo cultural em que estamos inseridos e que é comumente denominado “pós-modernidade” ou, como preferimos, “tardo-modernidade” — e a fugacidade de tudo o que nele se encontra não se coaduna já com a vivência de um tempo que se possa dizer breve. A efemeridade está tão exponenciada que o metrónimo da nossa vida — individual e colectiva — é o instante. O agora. O “este momento” em que o acontecimento acabou de ocorrer ou está a terminar e que é já do conhecimento de todo o mundo. O imediato que percorre o planeta, levado pela velocidade dos meios digitais, gerando uma enganosa necessidade de informação. Uma pseudourgência no acesso a factos que se passam em uma outra cidade, em um outro país ou, até, em um outro continente.

O presente ou, por outras palavras, este nosso tempo está imbuído do transitório que é o frenesim do nosso quotidiano. Todavia, esta pulsão para a *direct life* conduz-nos a, por pressa ou falta de tempo — falta que, em boa verdade, não raras vezes resulta não da sua ausência mas de uma gestão ineficiente daquele bem irrepetível e tão escasso que é o tempo —, ingressar por um caminho muito perigoso. Um caminho onde, por exemplo, o ensino adquire a profundidade de um esboço e os autores de outrora — com obras que contribuíram ou assinalaram a ruptura do seu tempo — permanecem empoeirados nas mesas e estantes que os guardam. Um caminho que progride para a absolutização do instante, do que é efémero.

§ 3.2. Esta tendência de deificação do transitório esculpe o direito do nosso tempo, imprimindo-lhe os contornos da brevidade

com que se tenta apaziguar a inquietude reguladora do agora e do dia de amanhã. O que, para o saber jurídico, pode representar fragilidade.

O acto legiferante tem, por seu horizonte, o futuro ou o presente-futuro. Este é um dos princípios basilares da ordem jurídica: salvas pontualíssimas excepções, as leis valem para o futuro. Mas valem, concretize-se, para um futuro que se perspetiva com um mínimo de constância (ressalvando-se aqui a legislação temporária que, como a sua designação sugere, vigora por um período previamente determinando, ainda que sujeito a uma condição). É, de resto, por esta razão que as características basilares das normas legais são a generalidade e a abstracção.

Assistimos, contudo, nos nossos dias, a uma morte precoce dos actos legislativos. Uma morte que, por vezes, é mesmo anunciada antes da sua produção, o que desvirtua, por completo, a ideia de perenidade que se lhes está associada. Perenidade que, diga-se, é imprescindível a uma análise profunda da legislação e da sua aplicação às situações que a realidade lhe pode colocar, incompatível com a torrente legiferante dos últimos tempos.

As leis precisam de tempo. Precisam de tempo para serem feitas. Precisam de tempo para serem estudadas e consolidadas no conhecimento jurídico-comunitário. Precisam de tempo para que, por meio da sua interpretação e da sua aplicação a situações concretas, sejam aprimoradas e densificadas. O mesmo é dizer: a legislação — melhor, a boa legislação — não coabita com a impaciência do instante em que vivemos. E não escassas são as normas jurídicas que corroboram o que acabámos de afirmar.

Pense-se, por exemplo, no tipo legal do crime de violência doméstica, previsto e punido no artigo 152.º do Código Penal. Não vamos aqui problematizar a (des)necessidade desta norma incriminadora, atenta a protecção penal dos bens jurídicos que aqui possam estar em causa que era — e continua a ser — conferida por outros tipos legais de crime, como sejam os crimes contra a integridade física, os crimes sexuais ou, até, pelo homicídio. O que propomos é um outro exercício reflexivo. Centremo-nos em uma das circunstâncias que, estando verificadas, agrava o crime de violência doméstica, majorando o limite mínimo da moldura penal de um para dois anos

de prisão: a ocorrência do facto no domicílio comum (n.º 2). Se não ignorarmos — e em direito, por sobre tudo no âmbito do direito penal, não o podemos fazer — que o fenómeno que motivou a criação do tipo legal de crime referido é, via de regra, perpetrado na casa comum da vítima e do agressor, só podemos concluir que, por pressa de legislar, se tomou como elemento agravante uma circunstância que é habitual nas situações que a norma incriminadora visa tutelar e que, por essa razão, deveria integrar o tipo-padrão.

Permitam-nos mais um exemplo — e, creiam, seriam muitos mais se o nosso intento se traduzisse na apresentação de uma enumeração taxativa —, respeitante ao direito dito adjectivo. Olhemos, então, a temática dos recursos. A alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal determina, na sua redacção actual, que «[n]ão é admissível recurso (...) de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos». Este é, pois, uma das excepções ao princípio da recorribilidade (artigo 399.º do mesmo Código). Quer-se, assim, tornar a justiça menos demorada para os processos tidos como “bagatelas penais”. Mas com este desiderato atropelou-se uma das garantias fundamentais que um Estado de direito democrático como o nosso concede ao arguido: o direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa). Com o propósito de se tornar os processos penais mais céleres, impossibilitou-se que uma pessoa, absolvida em primeira instância mas condenada em sede de recurso, não possa recorrer de uma decisão que lhe é desfavorável. Ou seja, o arguido não pode recorrer daquela que é a primeira decisão penal que tem contra si, a qual lhe atribui a prática de um crime — que, note-se, pode não corresponder a um “crime de menor importância”, mas antes consistir em um crime de homicídio privilegiado ou em um outro agravado pelo resultado morte do ofendido — e, por conseguinte, lhe aplica uma sanção. E, sublinhe-se a traço grosso, não o pode fazer mesmo que a pena aplicada seja a mais gravosa: a de prisão (até cinco anos).

§ 3.3. O procedimento atinente à feitura e à aplicação de uma lei é deveras complexo. Estuda-se no presente aquela que se apresenta como a melhor solução para resolver ou disciplinar

situações futuras, tendo igualmente em mente que a sua aplicação, a verificar-se em sede judicial, será realizada no passado. De facto, pode-se afirmar que a juridicidade vive naquilo a que Gerhart Husserl designou, no seu *Recht und Zeit*, como a “estrutura tridimensional do tempo”. Os principais actores dos poderes legislativo, executivo e judicial — ou seja, o legislador, o político e o juiz — têm o seu campo de intervenção especialmente vocacionado, respectivamente para o futuro, o presente e o passado. O que se refracta nas diversas narrativas destes actores: na legislativa, mesmo que predomine o tempo verbal presente, é-nos previamente comunicado que aquele “presente” só o será a partir de um dado momento; na narrativa político-executiva é-nos transmitida a adopção das medidas que se entendem por pertinentes na actualidade; e, por último, na narrativa judicial predomina o pretérito, consolidando no presente um pedaço da realidade que é, na verdade, passado. Formas ou maneiras de consolidação jurídica que, embora não se confundam, relacionam-se de jeito tantas vezes cruzado e que, por isso, se adensam reciprocamente. Ao criar uma norma jurídica, o legislador deve conhecer o seu passado e o estado actual da questão que vai regular. O político, apesar de procurar soluções para problemas hodiernos, não esquece o impacto de outras medidas tomadas no passado para situações semelhantes, as quais poderão ser as consequências daquelas para o futuro. E o julgador, não obstante reconstituir a franja da realidade pretérita que consubstancia o processo, não pode desatender aos comportamentos presente e futuro (neste caso, em termos hipotéticos) dos sujeitos processuais.

§ 3.4. O acto legiferante visa, como mencionámos anteriormente, o futuro, ainda que este seja o presentefuturo, isto é, o futuro inscrito em uma lógica de tempo muito breve. O que, para o direito penal, pode revelar-se antagónico à sua essência.

São múltiplas as conexões que se podem estabelecer quando falamos do tempo e do direito penal. Mas tais relações são, de igual modo, particularmente intrincadas. O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (anterior, escrita e certa), por exemplo, é afastado com a entrada em vigor de uma lei descriminalizadora. A certeza que é dada pelo trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória

pode, destarte, desabar perante uma norma penal posterior mais favorável. A não absolutização da proibição da retroactividade da lei penal revela-nos o quão complexo é a articulação entre o tempo e o direito penal. Mas o raciocínio será ainda mais complexo se quisermos pedir ao direito penal aquilo que ele não nos pode dar.

A pressa e a urgência que temos em legislar sobre tudo, ou seja sobre qualquer coisa por mais anódina que ela seja, inspiram-nos a estar antes do acontecimento, antes da própria realidade. Se há ramos do saber jurídico que podem ser parcialmente alimentados com o estudo de situações futuras, o direito penal não é deles paradigmático. Antes pelo contrário. O direito penal não anda à frente do seu tempo; é da sua natureza, como direito de *ultima ratio* que é, surgir como a última resposta possível da comunidade a uma determinada violação de um bem jurídico. A resposta que, se a gravidade da ofensa o justificar, pode encontrar correspondência naquela que é a sanção mais restritiva da nossa ordem jurídica: a privação da liberdade.

O direito penal olha e interessa-se pelo desvalor do resultado das nossas condutas. Mas não constitui sua preocupação a prevenção *ante-delictum*. Não cabe ao direito penal vestir a farda de um polícia de giro de modo a proteger o futuro futurante. Perspectivar o direito penal como um meio de prevenção de infrações é vê-lo como uma disciplina jurídica que não se rege pelo princípio da intervenção mínima. É vê-lo como uma “coisa” diferente e distante do que é a sua essência. Isto não obsta, porém, a que normas penais protejam pedaços da nossa realidade e que essa protecção se reflecta no futuro, como sucede com a criminalização de comportamentos ofensivos do meio ambiente que possam comprometer o salutar desenvolvimento de todos.

#### § 4. A relação entre o tempo e a sanção criminal (por sobre tudo a pena)

§ 4.1. Tal como o leque de incriminações espelha o modo-de-ser de uma comunidade histórico-espacialmente situada, também as sanções que daquelas podem resultar retratam os valores

que são defendidos por essa mesma comunidade. A pena é mais do que a consequência que a ordem jurídica atribui à prática de um crime; ela é, outrossim, reflexo da concepção que o ser humano tem sobre si próprio e sobre os seus referentes axiológico-normativos. Por esta razão, a pena é, a par do crime, parte da estrutura elementar do direito penal.

Um olhar, mesmo que breve, para o pretérito distante da nossa história comunitária permite-nos perceber a evolução que as penas sofreram com o tempo e com os valores que foram entretanto perfilhados. A paulatina abolição da pena de morte e a supressão da pena de castigos corporais ilustram a sua progressiva humanização, ocorrida a partir do século XVIII. Mas a relação entre o tempo e a pena é mais densa e mais profunda do que o redesenho histórico dos tipos de sanções admitidas.

Temos para nós que a aplicação de uma pena cumpre uma finalidade muito específica: o restaurar da relação onto-antropológica que é fundamento do próprio direito penal. Partimos, assim, do pressuposto de que o direito penal nasce, vive e alimenta-se das constantes relações comunicacionais que se tecem entre o “eu” e o “eu” e entre o “eu” e o “outro”. O “outro” a quem, na sua singularidade, reconheço ser semelhante ao “eu” e, por isso, com ele me identifico. Mais: que dele careço atendendo à incompletude genésica que caracteriza todos os homens e todas as mulheres de carne e osso. Por isto, a relação comunicacional que estabelecemos é de cuidado. De um cuidar do “eu” que se cuida cuidando o “outro”. Mas esta relação de cuidado é, em simultâneo, de perigo, uma vez que o crime — e a ofensa que ele representa — é conatural à convivência humana. *Ubi societas, ibi crimen*. A pena surge, assim, como um elemento reparador e, por isso, integrante da própria comunidade. E, neste sentido, a pena é ela mesma um bem.

§ 4.2. Ao defendermos uma concepção onto-antropológica não estamos, todavia, a propugnar pela a-historicidade do crime e da pena. A relação comunicacional primeva que constitui a pedra angular do nosso modo-de-ser comunitário é, ela própria, reveladora da sua incessante transitoriedade. Da transitoriedade inerente à condição humana. De uma transitoriedade que não se harmoniza,



porém, com a dimensão do instante, devendo o crime e a pena serem perspectivados na circunstância que é o ser humano. Viver por um determinado tempo. Por um tempo que se diga breve. E é neste tempo breve que se inscrevem, pelo menos em parte, a actividade legislativa e o acto de julgar. Ainda que o acto legiferante pertença, em princípio, ao tempo longo, quando nos movemos no campo do direito penal e queremos que as penas sejam eficazes e cumpridoras das suas finalidades, é no tempo breve que tais sanções devem ser aplicadas e cumpridas.

Expliquemo-nos melhor para que dúvidas não subsistam: via de regra, o legislador tem o futuro por horizonte e o juiz dedica-se ao passado. A aplicação de uma sanção criminal assenta na reconstrução, em tribunal, de uma parte do nosso passado comunitário, por forma a apurar, no fim do respectivo processo, se um crime foi ou não cometido para, tendo-se alcançado uma resposta positiva, se determinar a correlativa consequência. Não é, porém, somente de analepses (construídas) que o discurso judicial é feito: ele sê-lo-á quanto à verificação do crime; no que toca à aplicação da pena, o acto de julgar é também prognose. É futuro que se inscreve no tempo breve que é o da nossa existência. No mesmo tempo breve que é também ponto de referência para a actividade do legislador, desde logo porque este não pode conceber «penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida» (artigo 30.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

§ 4.3. O tempo breve é ainda referente legislativo quando nos debruçamos sobre a perseguição penal. O Estado é, como sabemos, o detentor do *ius puniendi*. Ou seja, só ao Estado — e, em particular, ao poder judicial — a comunidade reconhece legitimidade para perseguir os autores de crimes, punindo-os. Cabe assim ao Estado o restabelecimento da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo que foi quebrada com a prática do crime, o que acontece por meio da aplicação e do cumprimento de uma pena. Em alguns casos, contudo, o normal decurso do tempo tem um efeito pacificador e reparador. É o próprio tempo que recupera a relação comunicacional fundante do direito penal — e da própria

comunidade — e que conduz à paz jurídica. Há, pois, um tempo (breve) para, em um primeiro momento, se apurar a (in)existência de responsabilidade criminal e para, em um segundo momento, se limitar a esfera jurídica de alguém — correspondendo este limite, em muitos casos, à privação temporal da própria liberdade — como sanção pelo cometimento da infracção criminal. Alguém que, note-se, sentirá, do mesmo passo, que o resultado desvalioso que a sua conduta originou já foi, pelo curso do tempo, sanado. E é esta ideia de paz jurídica que preside à consagração de normas prescricionais.

## § 5. Notas conclusivas

O quadro compreensivo em que nos ancorámos assenta, como visto, ainda que de um jeito resumido, em uma relação diacrónica entre o tempo e o direito e entre o tempo e a pena. Não é unitária nem simples a relação que se estabelece entre aqueles conceitos. Ao invés, é plural e complexo o jogo de reflexões que se podem fazer: o tempo na criação e na aplicação do direito, o tempo como limite à definição e à aplicação da pena. Em comum, a sua inscrição em um tempo breve. O tempo da nossa existência que, seres humanos que somos, a ele estamos irremediavelmente condicionados. Nós somos um tempo e um espaço. O direito, o crime e a pena também.

## ÍNDICE

Introdução/Introduction.....	5
<i>J. M. Aroso Linhares</i>	
La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión.....	13
<i>Urs Kindhäuser</i>	
Time is Punishment. Some Remarks Concerning Augustine's Theory of Time.....	29
<i>Alexander Aichele</i>	
Punishment as Time-Out.....	47
<i>Joachim Renzikowski</i>	
O tempo e a pena.....	61
<i>José de Faria Costa</i>	



**FCT**

Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

ISBN 978-989889138-9



9

789898

891389