

Grado en Derecho
Trabajo de Fin de Grado (21067)
Curso académico 2014-2015

**ACTUALIDAD DE LAS TEORÍAS DE LA
RETRIBUCIÓN EN EL DERECHO PENAL**

DE LA LEY DEL TALIÓN A LAS CORRIENTES NEO-
RETRIBUCIONISTAS: LAS DOCTRINAS ALEMANA Y
ESTADOUNIDENSE

Alexandre Serra Vila

NIA 152065

Tutor del trabajo:

Ricardo Robles Planas



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, Alexandre Serra Vila, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy el único autor, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas excepto aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autor de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, esto es, soy libre de publicarla en cualquier otro sitio.

Alexandre Serra Vila
Barcelona, 5 de junio de 2015

A mi tutor, Dr. Ricardo Robles, por su dirección y disponibilidad

*A mis padres y hermanos,
por su apoyo constante a lo largo de toda mi carrera universitaria*

In memoriam, Dra. Ariadna Aguilera Rull

Presentación

En este trabajo abordamos el estudio de varios autores sobre la actualidad de las teorías de la retribución en el Derecho penal. Para ello, primero realizamos un estudio histórico de la evolución de los conceptos de “delito” y “pena” y recordamos las diversas teorías que se han sucedido y/o coexistido a lo largo de los siglos para justificar y legitimar la imposición por el Estado de una pena a quien ha cometido un delito.

Después hacemos un repaso a las teorías de la retribución, que fundamentan el castigo en el justo merecimiento del infractor, desde la antigua Ley del talión hasta las doctrinas de los idealistas alemanes de los siglos XVIII y XIX. Esto nos sirve de modelo para comparar la retribución clásica con las tesis neo-retribucionistas, surgidas a raíz de la desilusión por los resultados de las teorías preventivas, que abogan por una justificación funcional del delito: la pena se justifica por su utilidad.

Expondremos las críticas de la doctrina española tradicional a la retribución, a la que tachan de irracional, violenta y anticuada. Sin embargo, como defendemos a lo largo de este trabajo, estas objeciones pueden hacerse a las versiones clásicas y teocráticas de la retribución. Sin embargo, no cabe aplicarlas a las nuevas, preconizadas por autores norteamericanos y alemanes a partir de 1970, y a cuyo estudio dedicamos la mayor parte de este trabajo.

Finalmente, recogemos la opinión minoritaria de la doctrina española favorable a este nuevo concepto de retribución y sintetizamos nuestras conclusiones en que defendemos la adopción del neo-retribucionismo en nuestro sistema de justicia penal.

Índice

- Introducción a las instituciones de delito y pena. Aproximación a las teorías de la pena.....	Pág. 6
- La teoría de la retribución: concepto y orígenes. Actualidad del Derecho penal: breve referencia al marco político-criminal actual.....	Pág. 13
- Postura tradicional de la doctrina española: el rechazo tradicional por parte de la doctrina española de la teoría de la retribución.....	Pág. 21
- Las modernas teorías de la retribución en la doctrina alemana.....	Pág. 23
- Jakobs.....	Pág. 23
- Frisch.....	Pág. 25
- Hörnle.....	Pág. 28
- Pawlik.....	Pág. 29
- Las modernas teorías de la retribución en la doctrina estadounidense.....	Pág. 31
- Robinson.....	Pág. 31
- Duff.....	Pág. 41
- La doctrina española minoritaria favorable a la teoría de la retribución.....	Pág. 47
- Feijoo.....	Pág. 47
- Robles.....	Pág. 49
- Conclusiones.....	Pág. 54
- Bibliografía.....	Pág. 57

1. Introducción a las instituciones de delito y pena. Aproximación a las teorías de la pena

El estudio de las llamadas “teorías de la pena” es importante para la justificación de la sanción penal e incluso del mismo sistema de Derecho penal. No es pues una cuestión baladí, sino que debe estudiarse con la máxima cautela y mucho respeto. La fundamentación de estas teorías es un tema de debate secular en cuanto es necesario dotar de legitimación la “causación de mal” (Mir Puig) que supone infligir una pena; es algo que por su propia naturaleza debe ser gravoso y no deseado por el que la sufre.

Este “mal” que se inflige responde a la comisión de un delito, cuya concepción ha variado a lo largo del tiempo: en el siglo XVIII y hasta la segunda mitad del XIX se abogaba por la concepción del delito como “mala acción” (imputable), como menoscabo injusto y culpable de un bien jurídico protegido por el Derecho penal o acto disvalioso, que incidía en la responsabilidad tanto fáctica como jurídica del autor del delito; a finales del siglo XX surge una nueva concepción del delito como expresión de sentido, como cuestionamiento de la vigencia de la norma (Jakobs), recuperando la idea de HEGEL del delito como la negación del Derecho¹. Esta segunda concepción incide, pues, en el aspecto jurídico del hecho cometido y en su dimensión social, no se enfatiza tanto el atentado a un bien jurídico protegido como el que se produce al Ordenamiento jurídico en su conjunto con el delito cometido, la pena se erige pues como réplica que reafirma la vigencia de la norma contradicha por el delito². Esta concepción del delito fundamenta el carácter necesario de la pena, respondiendo a la intuición de que la negación del Derecho por el hecho delictivo debe recibir una respuesta, a fin de restaurar la vigencia del Derecho a través de la verificación de su eficacia con la imposición de la pena. Además, esto es consistente con la naturaleza del Derecho penal como derecho público, de modo que la pena reacciona a las lesiones del Derecho, como expresión de la voluntad de la sociedad³: debe intervenir cuando hay un interés público comprometido. Esta evolución del concepto de delito, con un sustrato filosófico-moral, es importante para entender las diversas teorías de la pena que se han sucedido o coexistido en las eras Moderna y Contemporánea.

Las distintas teorías han recurrido a dos opciones: transformar ese “mal” en un “bien” (por la restauración de la vigencia del Derecho), o en un “mal menor” o “mal útil”. Sin embargo, la corriente abolicionista (Émile De Girardin, Louk Hulsman, Nils Christie) niega la utilidad del

¹ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Obras, t. 7, §§ 96, 99, 101.

² FRISCH, Wolfgang. *Pena, delito y sistema del delito en transformación* [en línea]. págs. 3-7.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La pena como institución jurídica*. Pág. 35.

Derecho penal y rechaza toda posible legitimación de la pena, lo cual aboca a la extinción del Derecho penal. De todos modos la doctrina abolicionista parte de un planteamiento utópico, razón por la cual se la ha desacreditado por falta de realismo. Como razona SILVA, no pueden pretender sustituir el Derecho penal en su núcleo de siempre (criminalidad violenta, delitos patrimoniales y socioeconómicos) por modelos de solución de conflictos como la mediación o el resarcimiento⁴.

El Derecho penal tiene como fin reducir al máximo la violencia en la sociedad. Así como el Derecho pretende el orden en la sociedad, el Derecho penal plasma esta voluntad de armonía en la monopolización y control de la violencia por el Estado: asegura la “justicia estatal” frente a la eventual “justicia individual”, en definitiva, la protección de bienes jurídicos y, en sentido amplio, de la sociedad.

Como se define en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, la pena es “una amarga necesidad” (*bittere Notwendigkeit*)⁵. Esto responde a la convicción que el sufrimiento de uno de los miembros de la comunidad, más allá de los beneficios irrenunciables por necesarios que reporta a la misma, es algo de por sí negativo, pues supone el reconocimiento de un fracaso del Estado, de la sociedad⁶.

Hay varios fines que se han atribuido a la pena a lo largo de los siglos y las civilizaciones: expiación, retribución, resocialización, prevención (en todas sus variantes: positiva o negativa, general o especial), inocuización o retención, resarcimiento o compensación a la víctima o restauración de la situación previa al delito que genera este deber de represión penal. Estos distintos fines se pueden englobar en las tres teorías: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención general y la teoría de la resocialización. Sin embargo, esta contraposición es aparente pues son pocos los autores que al afirmar una teoría nieguen la vigencia de las otras, sería ilusorio creer que la pena cumple solo un fin o función, como demuestra la formulación de las “teorías de la unión” (*Vereinigungstheorien*, Roxin). Estas teorías, si bien defienden un fin concreto, pueden tener entre las consecuencias o efectos de la imposición de la pena el cumplimiento de los fines de las otras teorías. Es, pues, pertinente señalar la distinción entre el “fundamento jurídico” de la pena, esto es el factor legitimador de su imposición, y la “función”, el fin que cumple la pena, la razón de su existencia.

Considero pertinente, antes de profundizar en el objeto del trabajo, realizar un somero repaso a las principales teorías de la pena, ya expuestas. Previamente, debemos apuntar la dicotomía

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Págs. 18-19.

⁵ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1969. Pág. 29.

⁶ ROBLES PLANAS. *Límites al Derecho penal*. Pág. 39.

entre teorías “absolutas” y teorías “relativas”, que se considera actualmente simplista y desfasada, aunque útil a efectos didácticos (como reconoce JAKOBS⁷). Baste apuntar para diferenciarlas que las “absolutas” miran al “pasado”, al hecho antijurídico cometido, mientras que las “relativas” miran al “futuro”, configuran la pena como medio de evitación de delitos o de reeducación, la pena no está tan relacionada con el hecho ilícito sino con los fines que se pretenden con la imposición de la misma o los efectos que de ella pueden derivarse. De este modo, como defiende a lo largo del trabajo, las teorías absolutas se refieren a la “necesidad” de la pena, como un mandato moral o ético (de justicia, de merecimiento); mientras que las relativas atienden a la “utilidad” de la pena (para prevenir delitos o reeducar a los delincuentes), que está justificada por los efectos positivos para la sociedad.

Entre las llamadas teorías “absolutas” de la pena, aparte de la retribución⁸, encontramos la teoría de la expiación. Esta no pretende, a través de la pena, la restitución del orden de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento jurídico quebrantado y con la comunidad (incluida la víctima). Está ampliamente superada por la doctrina, que esgrime dos críticas destructivas que inciden en su carácter anticuado. Una es que como el arrepentimiento se produce en lo más profundo de la persona, aquel depende exclusivamente de esta. Por tanto, el Estado no puede imponer ninguna pena al sujeto que no muestre ni el más mínimo sentimiento de culpa. Además, la noción de la pena como expiación, la dota de una concepción metafísica incompatible con un Estado de Derecho, secularizado y neutral. En la actualidad, sin embargo, se reconocen en nuestro Código Penal (como en la mayoría de estados occidentales) algunas circunstancias atenuantes respecto de determinados delitos (arrepentimiento, confesión, perdón), que se han inspirado en la lógica de esta teoría⁹.

Entre las teorías “relativas”, orientadas a una función utilitaria, se encuentran las diversas teorías preventivas, con una idea rectora común: la prevención del delito (o, al menos, su reducción o contención) como medio de protección de los intereses jurídicos. Atendiendo a ella y a los fines concretos que se quieran lograr, construyen la medida de la pena. Esta finalidad preventiva connota la utilidad de la pena y la legitima, pues responde a un fin deseado y autorizado por la sociedad.

⁷ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Págs. 87-88.

⁸ A cuyo estudio se dedica este trabajo, por lo que la trataremos en profundidad a partir del siguiente apartado.

⁹ Artículos 21.4º (confesión) y 130.1.5º (perdón) de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

Debemos distinguir primero la prevención general, teorizada por Feuerbach, que se dirige a la sociedad que no ha delinquido, es decir, la que es fiel al Ordenamiento jurídico. Tiene dos vertientes: la positiva y la negativa.

La positiva configura la pena como la confirmación de la norma jurídica lesionada (la negación de la anulación de la norma jurídica), de modo que consigue reforzar la conciencia social de respeto por el Derecho y restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico, integrando la confianza de la sociedad en el mismo. Es importante pues el factor psicológico o sociológico, pues esta teoría de evitación de futuros delitos y de orden social se realiza por medio de un aprendizaje pedagógico social, concibiendo al miembro de la sociedad como un sujeto racional, receptivo a las nociones de bien-mal, permitido-prohibido, incentivo-desincentivo. El problema que plantea esta teoría radica en sus ideas de sociología y criminología, que defienden que no se debería poner límites a la pena, lo que conduce a inconsecuencias, como que se sancionen más gravemente delitos más leves pues, al ser más frecuentes dichos delitos, según esta teoría se requiere una mayor fuerza punitiva para confirmar la vigencia de la norma que prohíbe su comisión y ordena su castigo. Por tanto, esta teoría puede llegar a fundamentar sanciones ejemplares o abusos punitivos.

La negativa, parte de un presupuesto distinto: considerar la sociedad como potencial delincuente, un conjunto de miembros a los que debe disuadirse de cometer el ilícito penal mediante la amenaza de la pena. Emplea la coacción psicológica (temor, miedo) para evitar los delitos, de modo que la pena actúa como una confirmación de la amenaza para el delincuente y, por tanto, como medio intimidatorio para la vasta mayoría de la sociedad, no delincuente. En este caso, se apela a la naturaleza instintiva de las personas, que se espera que decidan no cometer el delito por el efecto negativo que comporta, por la imposición de la pena, no por el carácter ilícito del mismo. Este sistema se revela más efectivo que el preventivo-general en la práctica. Sin embargo, se le puede objetar que, al igual que la teoría preventivo-general, no pone límites a la pena. De hecho estos límites pueden no existir, pues si la necesidad de amenaza lo requiere pueden llegar a justificarse penas excesivas, y ello puede causar una exagerada desproporción entre la gravedad del delito cometido y la pena impuesta, ya que esta no se impone en atención al hecho sino al mensaje (de amenaza, de advertencia) que se quiere transmitir a la sociedad para disuadirla de la comisión de delitos. Así, esta teoría puede terminar por autorizar a la sociedad a “vengarse” del sujeto infractor.

Así pues, en la teoría preventiva general, la pena se concibe como una comunicación o advertencia, que necesita de la garantía de su materialización en caso de que se vulnere la norma que la prevé. En ese caso, la pena funcionaría como castigo, el Derecho toleraría la

imposición de este castigo solo como exigencia de la idea de comunicación, al fracasar la amenaza o conminación penal. Entonces la pena sería un “sacrificio” que solicitamos al infractor y que él debe prestar para el interés de la comunidad. Por tanto, la norma debe estar garantizada penalmente, pues de lo contrario con el transcurso del tiempo se erosionaría la norma de comportamiento por la pérdida de la fuerza coercitiva del Derecho¹⁰.

Nos referimos ahora a la teoría preventiva especial, defendida por Séneca, Platón¹¹, los ilustrados y Franz von Liszt, su principal y más moderno teórico. Existe una famosa sentencia que se atribuye a Platón y recoge Séneca: “Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido (*quia peccatum est*), sino para que no se peque (*ne peccetur*)”. De modo que, al no poder eliminar lo sucedido en el pasado, la pena se encamina a evitar lo que pueda suceder en el futuro, a prevenir la reincidencia delictiva. Esta teoría se dirige, pues, a los delincuentes y se orienta a evitar que estos reincidan. Tiene dos modalidades: la positiva y la negativa.

La positiva tiene como objetivo la resocialización del delincuente, de quien ya ha vulnerado el Ordenamiento jurídico, para reinsertarlo en la sociedad como un ciudadano reformado y cívico. Ello se consigue a través de la reeducación, la determinación y ejecución de la pena debería hacerse de acuerdo con este fin: inculcar en él una responsabilidad social que le aparte de la futura comisión de delitos. Esta finalidad integradora del delincuente es una de sus principales ventajas, pues se corresponde mejor que ningún otro fin con los principios de dignidad humana y del Estado Social, revaloriza al delincuente como alguien “rescatable”, con derecho a una auténtica “segunda oportunidad”, mientras que las otras teorías prevén o toleran el apartamiento total del delincuente de la sociedad, lo que deriva en su desocialización. Aunque también tiene fuertes críticas. En primer lugar, la indeterminación de la pena, fruto de su voluntad resocializadora, puesto que su fijación se corresponde a criterios subjetivos (tendría como límite la resocialización del delincuente, obviando la gravedad del hecho) y por tanto es casuística, lo que produce una gran inseguridad jurídica, ya que no se puede establecer una condición temporal para el cumplimiento de la pena. Además, constituye una vulneración de los principios del Estado de Derecho, ya que podría darse el caso de establecerse una pena desproporcionada por un delito leve por el hecho de que la reeducación del criminal requiere un período largo, o incluso encerrar a alguien solo por la amenaza que supone, sin que se haya probado su culpabilidad en ningún delito, en aras de su corrección. En segundo lugar, la idea de reeducación entra en conflicto con el principio de libertad individual, el Estado no puede pretender “imponer” una determinada educación a la sociedad,

¹⁰ FRISCH, W. *Pena, delito y sistema del delito en transformación* [en línea]. Págs. 16-17.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general*. Pág. 48.

ello vulneraría el libre desarrollo de la personalidad. Además, este pretendido mejoramiento de los patrones de conducta social solo es efectivo si el tratamiento asistencial-educativo prescrito es voluntario, no puede ser coercitivo. Por tanto, existe un grupo de infractores (delincuentes por convicción, objetores de conciencia, los que se consideran inocentes) que no consienten este tratamiento o para los que, en cualquier caso, es ineficiente. También cabe apuntar que es cuestionable la idea de que se puede resocializar en condiciones de aislamiento social. Por último, esta teoría se demuestra innecesaria e inoperante en el caso de delincuentes que no necesitan resocialización puesto que no toda conducta criminal es fruto del desconocimiento o la incomprensión de la calificación moral y ética de la misma o de una falta de convicción en ella: es el caso de delitos ocasionales e irrepetibles, cometidos en circunstancias extraordinarias, por sujetos socializados, que generalmente observan el cumplimiento de las Leyes.

La negativa presenta tres distintos objetivos posibles, en atención al tipo de delincuente al que se dirige. En primer lugar, la inocuización, para el delincuente habitual incorregible, no receptivo a los tratamientos reeducativos, por lo que el Estado claudica y configura la pena como un medio exclusivamente de retención para el tiempo que dure la condena. En segundo lugar, la intimidación, para el delincuente ocasional, que realmente no necesita resocialización, pues conoce y generalmente observa los valores morales y jurídicos que ordenan la sociedad. Por último, la rehabilitación o la corrección, que se logra a través de un tratamiento terapéutico del delincuente habitual corregible, capaz y necesitado de corrección. Las críticas que recibe este planteamiento se centran en los abusos a que puede conducir la intimidación y en la invasión de la autonomía personal que suponen la inocuización y la rehabilitación. Además, tampoco ofrece un límite temporal de las penas, pues en el caso de la inocuización no existen motivos para que esta esté limitada, pues de lo contrario se estaría devolviendo a la sociedad un sujeto peligroso, y en el caso de la rehabilitación, esta se extendería por todo el tiempo necesario para la corrección del condenado, independientemente de la gravedad del delito.

Finalmente, debemos referirnos a las “teorías de la unión”. Por un lado, las teorías aditivas defienden que los diversos fines atribuidos a las penas se mezclan entre sí y se prioriza la aplicación de uno u otro según las conveniencias político-criminales del momento. Este planteamiento se ha desvelado inconsistente pues la suma desordenada de los fines de la pena la convierte en una teoría ineficaz, las contradicciones existentes entre los fines de la pena se agudizan. Por otro lado, las teorías dialécticas pretenden aunar los puntos fuertes de las distintas teorías de la pena en una “concepción superadora” y suprimir o mitigar los puntos

débiles a través de un sistema de complementación y limitación. Estas teorías se basan en los postulados de la prevención general y especial con un factor limitador: la retribución, expresada en la vigencia del principio de proporcionalidad¹² (derivado del principio de la culpabilidad por el hecho). Esta teoría es más consistente que la anterior, aunque tampoco logra suprimir las incompatibilidades que existen entre los diferentes fines de la pena. Es especialmente interesante la versión de la teoría dialéctica de Roxin, que sostiene que se deben aplicar distintos fines de la pena según la fase de la intervención del Derecho penal en que nos encontremos. De este modo, la primera fase es la comunicación legal, en que se protegen los bienes jurídicos a través de la prevención general de los hechos que atentan contra esos bienes. La segunda fase es la aplicación o determinación judicial, en que la imposición de la pena es la confirmación de la amenaza comunicada en la primera fase; en la medición de la pena el juez deberá respetar el límite de la culpabilidad por el hecho y tener en cuenta aspectos de prevención especial. La tercera fase es la ejecución penitenciaria, en que se confirman los fines anteriores, y tiende primordialmente a la resocialización. Estas teorías unificadoras (sobre todo, las dialécticas) han sido parcialmente acogidas por la jurisprudencia, que suele emplear argumentos en que combina los fines retributivos y preventivos de la pena. Como corolario a este breve repaso de las teorías de la pena, cabe señalar, como recuerda SILVA SÁNCHEZ, que los estudios empíricos demuestran que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida, una idea que ya avanzó Bentham¹³. La intimidación nunca podrá ser tan fuerte como para desincentivar totalmente las conductas delictivas: si bien la amenaza funciona para la gran mayoría de la sociedad, una parte permanece impasible ante ella, y solo responde ante el riesgo de ser atrapada. Así pues la insistencia en unas duras sanciones penales (punitivismo) puede no ser tan eficaz como la mejora en la persecución misma de los delitos.

Como sabemos, la resocialización es el fin de la pena que impera en nuestro Ordenamiento jurídico en la actualidad, en el artículo 25.2 de la Constitución Española: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (...)”. Sin embargo, se relativiza esta función resocializadora al predeterminar la limitada duración de las penas, prohibiendo las condenas indeterminadas, conforme a las garantías de legalidad penal y seguridad jurídica

¹² Para una explicación más detallada de este principio y los criterios de valoración y aplicación: *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Pág. 29.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Pág. 46.

(mandato de determinación). Las demás teorías, por los defectos que hemos apuntado resultan incompatibles o de difícil encaje en un Estado de Derecho como lo entendemos actualmente. En cualquier caso, como también hemos visto, nuestro sistema de Derecho penal recoge alguna característica o aportación de estas teorías (en consonancia con la teoría dialéctica), baste apuntar a título ejemplificativo que en la aplicación de las penas se prevé que se atenderá a las “circunstancias personales del delincuente” (noción tomada de la prevención) y a la “gravedad del hecho” (retribución)¹⁴. Sin embargo, tampoco este sistema ha respondido satisfactoriamente a todas las necesidades que suscita el estudio de la criminalidad: en el Código Penal existen delitos que contemplan penas desproporcionadas que vulneran el principio de culpabilidad y frustran el fin de la resocialización. Asimismo existen preceptos que, en aras de la reinserción social, contemplan medidas muy generosas (como la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad) que ponen en jaque el principio de protección de bienes jurídicos.

Hemos visto el marco conceptual-histórico de la cuestión que queremos analizar en este trabajo, nos disponemos ahora a entrar de lleno en la cuestión. Primero, haremos un análisis histórico-doctrinal de la teoría de la retribución y esbozaremos la situación actual del Derecho penal. A continuación, ofrecemos la postura mayoritaria de la doctrina española, crítica con esta teoría. Después, estudiaremos las propuestas modernas y actualizadoras de la teoría de la retribución desde la doctrina alemana y la americana, analizaremos los problemas de su implementación, sus ventajas y los desafíos a que se enfrentan en el marco político-criminal actual. Finalmente, expondremos la posición de la doctrina minoritaria española favorable a la retribución, en su versión moderna, y argumentaremos la postura que hemos adoptado al final de este trabajo.

2. La teoría de la retribución: concepto y orígenes. Actualidad del Derecho penal: breve referencia al marco político-criminal actual

La teoría retributiva, preconizada por la atávica y primigenia Ley del Talión y corregida y actualizada entre el siglo XVIII y principios del XIX por los postulados del idealismo alemán (Kant, Hegel), tiene como fin la imposición del castigo que se corresponda a la gravedad del delito, no en vano también se la llama “teoría de la justicia”; su objetivo es equilibrar el

¹⁴ Artículo 61.1.6.^a CP: “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

castigo al crimen cometido, la pena aparece como una retribución compensatoria. Así pues, introduce un baremo, una escala de valores o bienes jurídicos jerarquizada, para calificar la gravedad de las conductas delictivas según las nociones graduables de bondad y maldad compartidas por la sociedad. El juicio de la retribución se construye a partir del hecho cometido con el fin de compensar el mal causado, y ello solo se logra con una pena proporcional a la gravedad del hecho.

La retribución es la concepción más tradicional de la pena y, pese a las críticas, reformulaciones y actualizaciones, ha pervivido hasta nuestros días. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo para el culpable. Como hemos dicho ello se ha fundado sobre todo en razones religiosas y éticas, pero también jurídicas.

Además, es una teoría “absoluta”, por lo que atiende al hecho antijurídico cometido y en sus planteamientos teóricos se desliga de cualquier consideración subjetiva o de efecto social; estos se basan en una correspondencia objetivista entre el delito y la pena. Por ello, se puede presentar la proporcionalidad, basada en el deber de justicia, como uno de sus mayores aportaciones a la cultura jurídica, pues este principio no se deriva de ninguna de las demás teorías de la pena, como hemos visto *supra*, y a su vez es en la actualidad, como expresión de la garantía de seguridad jurídica, prácticamente un dogma del Estado de Derecho. La teoría de la retribución excluye de sus fines objetivos tales como la intimidación, la prevención o la resocialización, pues no impone la pena en atención a su utilidad, sino en atención a su necesidad, a su correspondencia con el ilícito cometido. Sin embargo, la concepción de la pena como castigo merecido produce estos fines de prevención o resocialización de forma secundaria o indirecta, es una consecuencia irremediable.

En sus orígenes, la retribución recibe el nombre de “Ley del talión” (*lex talionis: talis o tale* significa “idéntico” o “semejante”): la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido, obteniéndose la reciprocidad. En caso que no se pueda imponer la misma pena se procura que esta sea semejante o equivalente a la lesión causada, lo que implica un juicio de valor sobre el castigo debido a cada delito. De modo, que significa el primer intento por establecer una proporcionalidad entre el daño recibido en un crimen y el daño producido en el castigo, siendo así el primer límite a la venganza. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos se han basado en la ley de talión, especialmente en la Edad Antigua y en la Edad Media, sobre todo debido a la influencia del pensamiento greco-latino, expresado en la idea retributiva de la compensación de la injusticia de origen aristotélico¹⁵.

¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *La pena como institución jurídica*. Pág. 31.

Una expresión temprana de la plasmación escrita y normativa de la teoría de la retribución en su versión de “Ley del talión” la encontramos en el Código de Hammurabi (Babilonia, siglo XVIII a.C.), como la primera muestra normativa del poder coactivo-ejecutivo del Estado para la protección de los bienes jurídicos de la sociedad. Por ejemplo: la Ley 195 establecía que si un hijo había golpeado al padre, se le cortarían las manos; la 196 que si un hombre libre vaciaba el ojo de un hijo de otro hombre libre, se vaciaría su ojo en retorno; la Ley 197 que si quebraba un hueso de un hombre, se quebraría el hueso del agresor; las leyes 229 a 233 establecían castigos equivalentes al daño causado que debía sufrir el arquitecto cuyas construcciones se derrumbaran. Las penas menores consistían en la reparación del daño devolviendo materias primas tales como plata, trigo, vino, etc. En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, por ejemplo, que al autor de un robo se le cortaba la mano.

Por otro lado, en la ley hebrea (recogida en el Antiguo Testamento, entre el II y el I milenio a.C., aunque escrita mayormente durante el siglo VI a.C.), la Ley del talión aparece en *Éxodo* (21,23-25)¹⁶ (“ojo por ojo, diente por diente”), en *Levítico* (24,18-20)¹⁷ y en *Deuteronomio* (19,21)¹⁸. Este principio seguirá vigente para el judaísmo hasta la época talmúdica (siglos II-VIII d.C.), cuando los rabinos determinaron que la pena se transformaría en un resarcimiento económico. El cristianismo lo deja sin efecto a raíz del Sermón de la montaña, como se recoge en el Evangelio según San Mateo (5, 38-39)¹⁹.

En la Roma Antigua, La *Ley de las XII Tablas* (siglo V a. C.) muestra en la tabla VIII una curiosa combinación entre normas inspiradas en la ley del talión y normas correspondientes a sistemas jurídicos menos primitivos: por ejemplo, castigaba con la pena capital o el exilio (equivalente a la “muerte” jurídica) *crimina* como la traición al Estado o el parricidio.

En el Derecho germánico, de raíz tribal, el espíritu de la ley del talión se manifestaba en la *blutrache* o venganza de sangre. Esta consistía en que cuando un miembro de una determinada *Sippe* (colectivo familiar germánico) moría o era dañado por algún individuo, el resto de miembros de la *Sippe* de la víctima estaba autorizada a devolver la agresión, de manera que quedaban exentos de culpa si mataban o dañaban a aquel que mató o dañó a su familiar. Este método se utilizaba en ausencia de un sistema punitivo institucionalizado.

¹⁶ “Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”.

¹⁷ “El que hiere a algún animal ha de restituirlo, animal por animal. Y el que causare lesión en su prójimo, según hizo, así le sea hecho: rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que haya hecho a otro, tal se hará a él”.

¹⁸ “Y no le compadecerás; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie”.

¹⁹ «Habéis oído que se dijo: “Ojo por ojo y diente por diente”. Pues yo os digo: “no resistáis al mal; antes bien, al que te abofetee en la mejilla derecha ofrécele también la otra”».

En ciertos países islámicos, en que rige la *sharia*, apreciamos un concepto análogo a la “Ley del talión”, se trata de la *Qisas* (“respuesta” o “venganza”). El Libro del *Hudud* (“las penas”) prescribe determinados castigos como equivalentes al crimen cometido²⁰.

En la actualidad, la “Ley del talión” permanece en el imaginario cultural occidental por ser un principio aplicado por las organizaciones mafiosas de origen italiano contra los *nemici* (enemigos), *traditori* (traidores) o *pentiti* (arrepentidos), que han abandonado la organización. Es memorable la secuencia inicial del film *El Padrino* (1972) en que un padre desesperado por la brutal agresión que ha padecido su hija acude a Don Corleone para solicitarle que mande asesinar a los agresores, a lo que el Don responde que eso no es “justicia”, pues su hija sigue viva.

En la Era Moderna, durante la Ilustración, y especialmente a partir del tratado de Beccaria, *De los delitos y las penas* (1764), se superó este concepto primitivo de retribución, el contexto de la Revolución Francesa lo exigía. Se inició un proceso de humanización de las penas, la retribución perdió vigencia en pos de nuevas teorías, que rediseñan el sistema de penas. Por ejemplo, la pena de prisión era una pena instrumental y transitoria durante el Antiguo Régimen, con el único valor de retención del delincuente desde la comisión del ilícito hasta la aplicación de la pena (normalmente, un castigo corporal, incluso la muerte, o pecuniario); tras la Ilustración, se convierte en una pena en sí misma. Beccaria incide más en el aspecto psicológico: “para que la pena consiga su efecto es suficiente con que consista en un mal que prime sobre el provecho que reporta el delito; para calcular dicho mal debe tomarse en consideración la certeza de la pena y la pérdida del beneficio que pueda reportar el delito. Lo que exceda de ello es en consecuencia inútil y por tanto despótico”²¹.

De modo que la teoría de la retribución ha llegado a nuestros días tras la revisión de autores como Kant y Hegel²².

El filósofo alemán Kant se encargó de dotar de un fundamento ético a la retribución. Según él, el hombre es un “fin en sí mismo”, con su propia dignidad, por lo que no es lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible que el castigo al delincuente se estableciera en atención a razones de utilidad social (v. gr.: como un medio para conseguir un determinado estado psíquico en los integrantes de la sociedad, como postula la teoría preventivo-general), este se establece exclusivamente “por” el delito

²⁰V. gr.: Hadiz nº 1035: “Cuando las partes involucradas son solteras deben recibir cien azotes y ser desterradas por el periodo de un año. Pero cuando cometan fornicación luego del matrimonio deben recibir cien azotes y ser luego apedreados hasta la muerte”.

²¹ JAKOBS, G. *La pena estatal: significado y finalidad*. Pág. 96.

²² Entre Hegel y el surgimiento del neo-retribucionismo hubo otros autores retribucionistas. Me refiero a esta cuestión *infra*: en la Nota a pie de página nº 123 (Pág. 48).

cometido y “para” el delincuente. La pena se basa en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: «la Ley penal se presenta como un “imperativo categórico”, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras»²³. Kant plasma su pensamiento en el “ejemplo de la isla”: “Si, por ejemplo, el pueblo, que habita una isla, decide abandonarla y dispersarse por todo el mundo; antes de llevar a cabo esa decisión, debería ser ejecutado el último asesino que quedara en prisión, para que todo el mundo supiera el valor que merecen sus hechos y para que el crimen de homicidio no recaiga colectivamente sobre todo un pueblo por descuidar su castigo; porque de lo contrario podría ser considerado partícipe de esa injusticia” (KANT, *Introducción a la metafísica de las costumbres*)²⁴. La consecuencia de este ejemplo, como ya hemos adelantado, es que se prioriza la “necesidad” antes que la “utilidad” de la pena, de modo que no cumple ninguna función socialmente útil, pues el sentido de la pena no se dirige a la sociedad, sino al delincuente: la pena debe imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad. Sin embargo, la proporcionalidad estricta podría conducir a la aceptación de la pena de muerte (de la que Kant era partidario²⁵), lo que resultaría inadmisibles en un Estado de Derecho como el nuestro.

La fundamentación jurídica de la retribución la ofrece Hegel. Supera la problemática que genera la (im)posibilidad de legitimar la imposición de un mal por la comisión de otro mal anterior (fundamento de la “Ley del talión”, basado en la creencia social “instintiva” que el mal impuesto como respuesta a otro anterior es justo)²⁶; desplaza el fundamento de la retribución pues, como ya hemos indicado *supra*, para él la retribución se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la “voluntad general”, esto es, del Ordenamiento jurídico vulnerado por un sujeto: habrá que negar esta vulneración individual para poder afirmar de nuevo la voluntad general. El método dialéctico hegeliano se resume de este modo: la voluntad general es la “tesis”, la negación de esta por el delito es la “antítesis” y la negación de esta negación mediante el castigo (pena) es la “síntesis”. Así pues, la pena solo es una reacción (a una negación) que mira al pasado: al delito y al restablecimiento del Ordenamiento jurídico. La pena se presenta como un “derecho” del que comete el delito: un derecho a que se haga justicia, a pagar por su crimen. Con la pena se “honra” al delincuente

²³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Pág. 78.

²⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte general*. Pág. 132.

²⁵ *Idem*.

²⁶ En sus escritos demuestra la irracionalidad de querer imponer un mal porque se haya cometido otro mal anterior (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Obras, t. 7, §§ 96, 99, 101).

como ser racional, lo que puede parecer sarcástico, sin embargo se deriva de la idea que el delincuente es susceptible de culpabilidad porque se le reconoce su dignidad, capacidad y competencia²⁷. Así, Hegel pretende justificar subjetivamente por qué el delincuente debe sufrir la pena, legitimando de este modo la imposición del castigo frente al delincuente: este tiene el deber de soportar la pena como consecuencia justa, merecida, del delito cometido.

Esta caracterización de la pena como un derecho es alabada por MARX con estas palabras: “Hegel, en vez de mirar al criminal como el mero objeto, el esclavo de la justicia, lo eleva a la posición de un ser libre y autodeterminado” aunque acaba por dictaminar que “la punición no es más que un medio de la sociedad para defenderse a sí misma frente a la transgresión de sus condiciones vitales, cualquiera sea su carácter”²⁸, desmitificando así la fundamentación de la punición ofrecida por las teorías retribucionistas. De todos modos, esto apunta otra virtud de la teoría de la retribución: la concepción del delincuente (y, por ende, de toda la sociedad) como un hombre libre y autodeterminado. Así, la teoría de la retribución cimienta principios hoy firmemente asentados en nuestra cultura jurídica como es el principio de responsabilidad o culpabilidad. La teorización y el análisis empírico de este principio condujeron al reconocimiento de las circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal precisamente cuando falta esa responsabilidad o está disminuida, cuando no podemos afirmar un conocimiento o consciencia plena del sentido jurídico (ilícito) de un hecho. La teoría de la retribución al dirigir la mirada hacia el hecho cometido y el sujeto infractor, debe considerar si existe responsabilidad y culpabilidad para designarlo “merecedor” de castigo: la necesidad de castigo desaparece cuando no existe la capacidad de comprender la norma, de reconocer lo correcto, y actuar conforme a tal comprensión, pues en este caso la conducta no puede ser vista como un cuestionamiento de la vigencia de la norma. En cambio, las teorías preventivas (en pureza), al atender a los efectos que la imposición de la pena tiene sobre la sociedad, podrían llegar a legitimar la sanción penal a quien, teniendo una capacidad mental baja o la percepción gravemente alterada sin culpa, haya cometido un ilícito; siendo esto inaceptable en un Estado de Derecho.

También cabe recordar una fundamentación tradicional religiosa y metafísica, especialmente en el catolicismo. La prolongación del Derecho penal en el “más allá” es, en culturas que disponen de un concepto sustancial de vida después de la muerte, el modo más práctico para

²⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Obras, t. 7, § 100; de acuerdo con el análisis de FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *La pena como institución jurídica*. Pág. 36.

²⁸ MARX, Karl. *Dispatches for the New York Tribune*. 2007. Págs. 121 y ss.

guiar la conducta social²⁹. El Papa Pío XII declaró ante el VI Congreso Internacional de Derecho Penal (1953): “Sólo la función expiatoria [léase, retributiva] permite, finalmente, comprender el juicio final del propio Creador, el cual “da a cada uno según sus obras” como lo repiten a menudo los dos Testamentos (...). Aquí la función de protección desaparece completamente cuando se considera la vida ultra terrena. Para la omnipotencia y omnisciencia del Creador siempre es fácil el prevenir todo peligro de un nuevo delito por medio de la conversión moral íntima del delincuente. Pero el Juez supremo en su juicio final aplica únicamente el principio de la retribución. Este debe, pues, poseer ciertamente un valor no despreciable”³⁰. Así, la retribución penal no sería más que la analogía terrenal de la Justicia divina.

En definitiva, la función que se atribuye a la pena retributiva es la de realización de la Justicia, que se basa en una exigencia “incondicionada” (religiosa, moral o jurídica) de Justicia, que no atiende a las conveniencias utilitarias relativas de cada momento, sino que se impone con carácter “absoluto”.

Las ventajas de la retribución apuntadas por la doctrina actual se centran, como hemos visto, en la introducción de la proporcionalidad entre el delito y la pena. La proporcionalidad, como manifestación de la justicia, es lo que justifica la retribución y legitima la imposición de la pena, pues prescribe la equivalencia entre el delito y la pena, sin que pueda imponerse una pena menor o mayor que la que corresponda. Esta fue acogida por la filosofía política liberal como un límite de garantía para el ciudadano ante el *Ius puniendi* del Estado, al no poder castigar más allá de la gravedad del delito cometido. De este modo, se evitarían los castigos excesivos y arbitrarios. Ello se valorizó sobre todo tras la experiencia de repúblicas y dictaduras europeas durante los años 20, 30 y 40 del siglo pasado (especialmente, el III Reich), con abusos punitivos en aras de la función preventiva³¹. Asimismo, este aspecto de la retribución también sirve para criticar la expansión del Derecho penal en los últimos años, contrariamente al principio de intervención mínima o *ultima ratio*³².

Debemos terminar esta sección recordando que la retribución en la concepción expuesta tuvo su sentido y su lógica en los estados teocráticos (aun los modernos), al atribuir a la pena la función de castigo del mal según la ley divina; debemos recordar que es la teoría de la pena

²⁹ Schünemann, Bernd, «Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva», en «Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)», Jesús-María Silva Sánchez (ed.), Barcelona: Editorial Bosch, 1997).

³⁰https://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1953/documents/hf_p-xii_spe_19531003_diritto-penale.html

³¹ V. gr.: la “Ley de vagos y maleantes” (1933) imponía medidas de alejamiento, control y retención a personas en atención a su “peligrosidad criminal”, perdiendo de vista el sentido de la pena como respuesta a un delito y vulnerando el principio de culpabilidad.

³² MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. Pág. 79.

más antigua. Pero no tiene sentido (o al menos, no con la misma intensidad) en el Estado laico o aconfesional, regido únicamente por el Derecho³³. Sin embargo, a continuación expondremos las innovaciones y actualizaciones ofrecidas por la doctrina que permitirían el encaje de la retribución en el Estado contemporáneo de Derecho.

Antes de ello, nos referimos brevemente al panorama actual del Derecho penal. En las últimas décadas, como apunta SILVA, ante la desilusión por la incapacidad del “ideal resocializador” para legitimar por sí solo el ejercicio por el Estado del *Ius puniendi* y sus aparentemente escasos resultados positivos en la práctica, han surgido algunas corrientes críticas cimentadas en el respeto escrupuloso a las garantías formales del sistema penal, que se basan en la aceptación de la prevención general como fundamento legitimador del Derecho penal y en negar la justificación de la sanción por las exigencias del tratamiento resocializador, pues como se ha dicho, este tratamiento se ha mostrado ineficaz y abusivo, pues por ejemplo, llevado al extremo permite la “sentencia indeterminada”, lo que atenta a los principios de legalidad, seguridad jurídica y previsibilidad de la sanción penal. Esta tendencia recibe el nombre de “Neoclasicismo” (*just-deserts-theory*, en Estados Unidos), por su remisión a los postulados de la sociedad liberal del siglo XIX y especialmente a Kant. Este movimiento revitaliza los principios de proporcionalidad y culpabilidad, presentes en Europa Occidental (así como el marco preventivo-general), pero diluidos allí donde la resocialización alcanzó su cenit: Estados Unidos y los países nórdicos.

De este modo, para Europa Occidental, esta tendencia significa tan solo una actualización del marco político-criminal establecido, intensificando el “ideal retributivo”, por su mayor vinculación a las garantías formales del Derecho penal, como hemos visto. La crítica que se hace a esta tendencia es la falta de referencia a las garantías materiales: los principios de utilidad e intervención mínima del Derecho penal (*ultima ratio*) y la conciliación del principio preventivo-general con los principios de proporcionalidad, humanidad y resocialización (“no debe renunciarse al tratamiento, siempre que el mismo se plantee como un ofrecimiento que el condenado es libre de aceptar o no”), incluso mediante la reducción de la pena de prisión al mínimo imprescindible y el establecimiento de nuevas formas de reacción punitiva, por la vía de la suspensión o la sustitución, o alternativas a la pena, como la responsabilidad civil (lo que se conoce como “Derecho penal mínimo”, centrado en la necesidad y utilidad de la sanción penal). También se le reprocha que, en la práctica, esta tendencia ha supuesto el auge del punitivismo. De todos modos, esta perspectiva preventivo-general parte de la percepción

³³ *Idem.*

de “la pena como un mal con el que se amenaza y no un bien con propiedades terapéuticas para el delincuente”, lo que hace más justificable su restricción y humanización³⁴.

En la actualidad, esta corriente garantista se ha fragmentado en dos vertientes opuestas: una “reduccionista”, que aboga por la reducción del Derecho penal a su ámbito más clásico y central, defiende pues el principio de intervención mínima y la adopción de medidas alternativas a la pena; y otra “expansionista”, espoleada por la progresiva globalización y, en concreto, europeización del Derecho penal (con la liberalización de la circulación de personas, capitales y mercancías), que hace necesaria la internacionalización de la persecución penal. La doctrina expansionista afirma la necesidad (o la inevitabilidad) de adaptar el Derecho penal (con sus garantías) a las nuevas circunstancias, actualizándolo³⁵.

3. Postura tradicional de la doctrina española: el rechazo tradicional por parte de la doctrina española de la teoría de la retribución

Como ya hemos apuntado, la doctrina española moderna se ha mostrado mayormente reacia a la adopción de la retribución como fin de la pena. Ello tiene que ver con la concepción tradicional que en España se tiene de la retribución. Se la percibe como un fin “salvaje” (v. gr.: por justificar la pena de muerte), primario, propio del pensamiento absolutista previo a la Ilustración, al imperio de la razón. Algunas de las críticas a la teoría de la retribución ya las hemos expuesto en la introducción.

Como señala SILVA SÁNCHEZ, la superación de la retribución se debe a razones culturales (o ideológicas), a la desaparición de las sociedades teocráticas (al menos en Occidente), en las que se vinculaba el castigo humano a la justicia “final” divina. Actualmente, no se admite recurrir a la metafísica y a la trascendencia para fundamentar la pena.

El mismo autor reconoce la posibilidad de revitalizar la teoría retributiva fundamentándola en la “racionalidad moderna”: concibiendo “la pena como compensación (eliminación) de la ilícita ventaja obtenida por quien consigue la aportación (renuncia a la injerencia) de los demás miembros de la sociedad, sin realizar por su parte la contraprestación equivalente”³⁶. Este planteamiento resulta igualmente válido como fundamento del fin restaurativo de la pena, que en vez de atender al infractor atiende *prima facie* a la víctima.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, J-M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Págs. 37-47.

³⁵ *Idem*. Págs. 53-55.

³⁶ *Idem*. Págs. 321-323.

Por otro lado, LUZÓN PEÑA define la retribución como aquel significado de justicia inherente a la pena o “justo pago”. Según este autor, el fundamento normativo supremo lo encontramos en el art. 1.1. CE: “En la función material de las normas penales principales, las que prevén penas, o sea en las funciones y fines de la pena he pasado definitivamente de una concepción fundamentalmente preventiva a una concepción mixta, donde junto a la protección de bienes jurídicos mediante prevención general y especial, que sigue siendo la función primaria, de protección de la libertad como primer valor del art. 1.1. CE, está como función secundaria la de impartir “justicia” como segundo valor constitucional de dicho art. 1.1”. Sin embargo, percibe la retribución como un fin accesorio y dependiente de la prevención como prescriben las “teorías de la unión”. Por tanto, razona que las penas cumplen, además de la prevención, una función de restablecimiento de la justicia frente al injusto (ilícito) culpable que supone el delito. “Dicho restablecimiento de la justicia da satisfacción ciertamente a las exigencias de la comunidad y del Derecho, afectados por la violación de las reglas básicas, pero simultáneamente da satisfacción también a las víctimas, a los sujetos más directamente afectados por el delito”³⁷. Si bien, reconoce la virtualidad de la función retributiva, la desprovee de parte de su sentido por tratarla como una consecuencia de la noción de la pena como prevención.

De una forma igualmente contraria a la revalorización de la retribución como fin de la pena, se refiere MUÑOZ CONDE a la finalidad retributiva al considerar que “las teorías absolutas atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena”³⁸. Así pues, considera que es un mal por otro mal, sin salirse del simplista esquema reiterado del “ojo por ojo”, eludiendo el cumplimiento de la función de realización de Justicia, pues este autor busca en la imposición de la pena una utilidad social.

MIR PUIG reconoce el valor de la proporcionalidad, pero ello no le lleva a admitir la teoría retributiva, sino que concibe la proporcionalidad como un límite al ejercicio de la función punitiva, y como tal no fundamenta la necesidad de la retribución, sino que la restringe. Razona también que el hecho de que las teorías retributivas no hayan sido acogidas por la doctrina penal ni las legislaciones se debe a que no se percibe que la función del Derecho en la sociedad sea la “realización de la Justicia absoluta sobre la tierra”, pues se considera este un cometido más bien moral o religioso. Y el Estado laico moderno promociona la separación

³⁷ LUZÓN PEÑA, D-M. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Pág. 16.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte general*. Pág. 47.

entre la Moral y el Derecho, no admite que la religión o la ética puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico: “en un estado democrático el Derecho solo puede justificarse como medio de asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses” (visión utilitarista del Derecho)³⁹.

Por tanto, vemos que los autores rechazan la centralidad de la retribución como fundamento ético y jurídico de la pena, solo reconocen su valor como esa noción primigenia de justicia y cumpliendo un fin deseable en relación a las teorías de la unión. Y en realidad, no puede ser de otro modo, conforme al concepto que tienen los juristas españoles de retribución. Se puede reprochar a las teorías de la unión que desvirtúen la esencia de la retribución, parece que la adoptan pero en realidad solo la toleran en cuanto dotan la pena de un fin utilitario de prevención o resocialización.

Sin embargo, debemos decir que existe una corriente doctrinal minoritaria en España favorable a la retribución: el estudio de estos autores, por la sistemática del trabajo, se remite al Apartado 6º (“La doctrina española minoritaria favorable a la teoría de la retribución”).

4. Las modernas teorías de la retribución en la doctrina alemana

La doctrina alemana en las últimas décadas, conocedora de las limitaciones de la añeja y vituperada teoría de la retribución, se ha esforzado en buscar nuevos sentidos y fundamentos que legitimen la retribución, lo que ha conducido a la reformulación de la teoría de la retribución, o teoría de la retribución moderna (neo-retribucionismo), desvinculada de ataduras religiosas, éticas o metafísicas.

JAKOBS

Debemos destacar el pensamiento de JAKOBS, defensor de una “teoría funcional” (mixta) de la pena, cuyo punto de partida es que el Derecho se configura como sistema de comunicaciones con la función de estabilización de expectativas normativas (confirmación de la vigencia de la norma). Defiende, pues, las tesis preventivo-generales, reconoce la norma como esquema de orientación social y establece que para la determinación de la medida de la pena debe atenderse exclusivamente al grado de perturbación social generada por el delito, son indistintas las tendencias del autor o potenciales autores del hecho.

³⁹ MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. Págs. 78-79.

Sin embargo, acoge algunos elementos retributivos al determinar que para valorar el peso social de un hecho es relevante el “peso” de la norma vulnerada y la medida de su vulneración, y la responsabilidad del autor por su motivación para cometer el hecho (apreciar si esta debe excluirse o atenuarse), esto es, la imputabilidad del hecho ilícito⁴⁰. Esta responsabilidad legitima la imposición del castigo penal. La retribución adquiere además en su nueva teoría un significado funcional como contradicción normativa del hecho delictivo⁴¹. La prevención general positiva se configura como la prevención de la desintegración del orden social mediante la retribución de hechos lesivos socialmente, la perturbación social es tan grave para dicho sistema que no queda otra alternativa para resolver el conflicto social del que es responsable; de modo que la pena consigue dicho efecto preventivo mediante una función de estabilización de normas esenciales de convivencia⁴². El autor tiene que soportar todo lo que sea necesario (proporcionalidad) para compensar el daño que ha producido a la vigencia de la norma como realidad social; la necesidad del mal tiene que ver con la intervención estatal necesaria para que la vida social siga siendo cotidianamente una vida conforme a Derecho no para que conceptualmente se sepa lo que es o no conforme a Derecho, pues para ello basta un texto legislativo⁴³. Vemos que Jakobs relaciona el principio de intervención penal mínima (*ultima ratio*) con su teoría funcional de la pena; y especialmente coordina la función comunicadora (preventivo-general) con el fundamento retributivo de la pena.

Así, esta teoría mixta (de la unión) revaloriza la retribución, pero rediseña su sentido con un matiz normativo-social al definir la retribución como “contradicción normativa del hecho delictivo”, de modo que el destinatario de la comunicación de este hecho (imposición de la pena al delincuente) es la sociedad, a la que debe confirmarse el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida. La teoría de Jakobs la podemos calificar de neo-retribucionista, pues ha pasado de ser un defensor de la prevención general positiva a actualizar la teoría de Hegel: ahora defiende una teoría de la pena que combina elementos retributivos de la pena como contradicción comunicativa del delito con efectos de psicología social.

⁴⁰ JAKOBS, G. *La pena estatal: significado y finalidad*. Pág. 146.

⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Págs. 146-147.

⁴² *Idem*. Pág. 150.

⁴³ *Idem*. Pág. 157.

FRISCH

En relación con la ya comentada revolución en las teorías de la pena, cabe citar a FRISCH, que se refiere a las teorías “muertas” como aquellas ya no practicables (o cuanto menos, no en sus términos originales) conforme a los postulados jurídicos reales y firmemente asentados de la sociedad: especialmente, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y, en definitiva, la consideración de los sujetos como “personas de Derecho” (*Rechtsperson*)⁴⁴.

Reconoce que la retribución en sentido estricto no es admisible, solo lo es cuando la imposición de sufrimiento es exigible por razones extra-retributivas al fin principal de prevención. También critica la teoría de la compensación de la culpabilidad (*Schuldausgleichstheorie*), sucedáneo jurisprudencial de la teoría de la retribución cuando esta fue abandonada en Alemania. Esta teoría entiende la compensación como un fin en sí mismo cuya legitimación está supeditada a que sea indispensable para los fines de prevención. Así pues, la jurisprudencia deslegitima el fin de la pena como compensación de la culpabilidad *per se*, de modo que esta compensación solo es admisible cuando opera como instrumento de la prevención, tiene una función de accesoriedad⁴⁵. Por tanto, la retribución como compensación de culpabilidad solo es lícita cuando tiene un carácter instrumental y subsidiario (no de finalidad de la pena) al de prevención; pero este cariz compensatorio de la retribución podría lograrse a través del Derecho Civil, así que Frisch considera inapropiado el uso de la retribución, en cuanto reproche al infractor⁴⁶.

Otros autores, pese a discrepar tanto de la retribución como de la compensación de la culpabilidad, reconocen la necesidad “terrenal” de la pena, una institución irrenunciable para garantizar en la comunidad un determinado estado del derecho (*Zustand des Rechts*), su vigencia e inquebrantabilidad⁴⁷. La pena es pues la defensa contra los ataques más graves a la vigencia del Ordenamiento jurídico (principio de *ultima ratio* del Derecho penal). Esta necesidad no se afirma para prevenir futuros delitos, sino en atención a la misma idea de Derecho o norma.

Frisch prosigue apuntando la importancia de la teoría de la retribución para fundamentar la teoría del delito tradicional (menoscabo de un bien jurídico, injusto, culpabilidad), y analiza cómo el abandono de la teoría retributiva ha generado un vacío de fundamentación de la teoría del delito. Así pues, se afirma que la retribución funciona como el nexo teórico entre el delito

⁴⁴ FRISCH, W. *Pena, delito y sistema del delito en transformación* [en línea]. Págs. 8-10.

⁴⁵ *Idem*

⁴⁶ *Idem*. Pág. 9.

⁴⁷ *Idem*. Pág. 11.

y la pena (entendida como castigo). Ello condujo, como hemos visto al inicio de este trabajo, a la redefinición del concepto de delito como cuestionamiento de la vigencia de la norma, y de la pena como confirmación de la vigencia de dicha norma infringida⁴⁸. Entonces, ¿qué papel juega la retribución en este nuevo esquema delito-pena?, ¿es admisible la retribución como el fin o uno de los fines de la pena? Esto nos exige analizar cómo se relacionan el concepto comunicativo (prevención) y el fáctico-objetivo (retribución) de delito en la actual concepción del mismo como cuestionamiento de la vigencia de la norma, como ataque al Ordenamiento jurídico.

Vemos como la doctrina exige para la conminación (pena como comunicación, conforme a la teoría preventiva) una doble condición para su legitimidad: que el recurso a la pena se muestre adecuado (*angemessen*) para la protección del bien jurídico afectado y que la conminación de la pena sea necesaria (*erforderlich*) para garantizar la observancia de la norma. Estas condiciones se derivan del principio de proporcionalidad (también en su expresión de *ultima ratio* del Derecho penal), que como sabemos, es propio de la retribución⁴⁹. Por tanto, la retribución sigue siendo necesaria para la fundamentación de la pena, y se demuestra compatible con la finalidad preventiva-comunicadora, pero la doctrina le niega a la retribución el *status* de “fin” de la pena.

Frisch valora los cambios que ha supuesto el paso del concepto tradicional de delito al concepto ideal (comunicativo) que él defiende: el cuestionamiento de la vigencia de la norma. Nota que en el marco de la medición de la pena no ha supuesto una gran diferencia: esta nueva concepción atiende esencialmente a las mismas circunstancias que la tradicional (la peligrosidad o la intensidad de la injerencia sobre la dimensión de la infracción de deber, mayor o menor posibilidad de evitar el hecho...). Solo cambia el contexto de fundamentación, debe valorarse la relevancia de esas circunstancias para dimensionar este cuestionamiento de la vigencia de la norma, no el injusto y la culpabilidad. Termina Frisch por afirmar que la redefinición de los conceptos de delito y pena no genera alteraciones respecto a la comprensión del hecho punible tradicional, abogando por la asunción de la teoría preventivo-general aunque con algunas modulaciones; de modo que estima oportuno renunciar al concepto de delito tradicional, por varias razones, especialmente la pretendida unidad entre la teoría de la pena y la del delito, esto es, una nueva teoría de la pena (confirmación de la

⁴⁸ *Idem*. Págs.13-14.

⁴⁹ *Idem*. Pág. 15.

vigencia de la norma) requiere una nueva concepción de delito (cuestionamiento o menosprecio de la vigencia de la norma)⁵⁰.

También incide este autor en el distinto significado del requisito de la capacidad de culpabilidad en los dos conceptos de delito. En el delito tradicional la capacidad de culpabilidad constituye el fundamento de la responsabilidad penal del infractor. En el delito ideal esta capacidad tiene un sentido paralelo al anterior, pues determina el significado del cuestionamiento de la vigencia de la norma, esto es, la existencia del delito mismo; pues si no hay culpabilidad (capacidad de reconocer lo correcto y actuar conforme a esa comprensión) no puede entenderse que el apartamiento del Derecho suponga un cuestionamiento de la vigencia de la norma. Este presupone necesariamente una conciencia de que se está realizando un comportamiento discrepante de la norma, la culpabilidad del autor en esa conducta⁵¹.

Finalmente, vuelve sobre el tema de la “necesidad” de la pena (como refutación del cuestionamiento de la norma) para afirmar que determinados comportamientos que suponen un cuestionamiento a la vigencia de la norma no constituyen delito, cuando estos en consideración al mantenimiento de la vigencia de la norma infringida no hacen (ya) por motivos reconocibles necesario ningún castigo, desaparece la necesidad de pena. Esto se observa especialmente en el caso del desistimiento voluntario de la tentativa, pues debe entenderse como una revocación ideal del cuestionamiento inicial del Derecho, de modo que Frisch considera superfluo el rechazo estatal a través de la condena reprobadora y la pena. Asimismo, su teoría le lleva a declarar que existe culpabilidad en las “situaciones de exculpación” (al contrario de lo que defiende la concepción tradicional de delito), aunque considera que, dada la excepcional situación motivacional que concurre en estos casos, el cuestionamiento o menosprecio del Derecho es tan débil e insignificante que no hace necesario un reproche penal⁵².

Por tanto, Frisch es un defensor de la teoría preventivo-general, aunque reconoce el valor instrumental de la retribución y el de sus nociones de adecuación y necesidad de la sanción como fundamento legitimador de la pena como comunicación (teoría preventiva). Además, exige la culpabilidad como requisito de la existencia misma del delito, pues sin comprensión de que la conducta es discrepante del Derecho no puede afirmarse que esta constituya un cuestionamiento del mismo; de modo que adopta una perspectiva retrospectiva e individualista en la concepción del delito, al atender no a la comunicación a la sociedad, sino

⁵⁰ *Idem*. Págs. 21-26.

⁵¹ *Idem*. Págs. 23-24.

⁵² *Idem*. Págs. 24-26.

a una circunstancia del autor (la culpabilidad) para apreciar la concurrencia del delito y la consiguiente necesidad de pena. Esta es la síntesis de su teoría del delito ideal.

HÖRNLE

Podemos apreciar esfuerzos por atenuar la retribución en la tesis de HÖRNLE (*Personenorientierte expressive Straftheorien*)⁵³, que conjuga la idea de comunicación con el delincuente (en la vertiente de prevención especial positiva) con el fin de la retribución generando la noción de la pena como comunicación en la modalidad de reproche al delincuente, convirtiendo el “reproche moral” (*Übelszufügung*) mismo en el fin de la pena. Esta posición defiende, pues, la vigencia de la necesidad de castigo, pero dotándolo de una nota de reprensión, en vez de simple punición, que resulta más aceptable desde la óptica de la ética, la justicia y los postulados resocializadores.

Los diversos enfoques expresivos orientados a las personas tienen en común la necesidad de una reacción de desaprobación frente al delincuente, que se conecta con los intereses legítimos de las personas. El concepto más sofisticado de esta teoría expresiva es el hecho de la imposición de una condena social y ética en el mejor interés del delincuente, o sea, la promoción del auto-conocimiento y la auto-mejora. Sin embargo, puede apuntarse su similitud con la “teoría de la expiación” y reprocharle que la coerción no puede justificarse ni siquiera por una auto-mejora deseada del infractor.

Este planteamiento recoge también los “intereses legítimos de las víctimas” (*berechtigte Interesse von Straftatopfern*), como un aspecto necesario a integrar en la teoría de la pena para que esta sea “completa”⁵⁴. Considera que los intereses legítimos de las víctimas tienen más peso en la constitución de la teoría de la pena que la dicotomía tradicional entre las teorías absolutas y relativas. Las víctimas tienen intereses legítimos de satisfacción, un propósito racional de castigo (en delitos especialmente graves: lesiones, contra la libertad sexual), sobre todo en los delitos por los que teorías orientadas solo a la prevención encontrarían problemas. Por tanto, las consideraciones preventivo-generales y expresivas orientadas a la víctima se complementan entre sí⁵⁵.

La necesidad de adoptar la perspectiva de las víctimas para justificar (en parte) la determinación e imposición de la pena, nos lleva a plantearnos si debe reflejar los intereses y

⁵³ Hörnle, Tatjana. *Straftheorien*. Págs. 32-43.

⁵⁴ *Idem*. Pág. 58.

⁵⁵ *Idem*. Págs. 58-59.

sentimientos (indignación, irritación...) de otras personas ante el delito: el delincuente (ya tratado por Hegel *supra*) y el resto de la sociedad. Como veremos *infra*, Robinson va más allá que Hörnle al pretender que el sistema penal refleje las convicciones morales compartidas por la comunidad, aunque la base es la misma: reconocer la dimensión subjetiva de la pena, bien involucrando las víctimas, bien involucrando toda la sociedad en la determinación de la misma.

Esta idea de “democratización” del Derecho penal resulta interesante, pues es obvio que al recoger la norma penal las demandas sociales (o solo de las víctimas) en cuanto a delitos y penas se refuerza la convicción de la sociedad en la norma como protectora de derechos y garante de la justicia. Sin embargo, es también una idea peligrosa y criticable, dado que puede conducir a la instauración del punitivismo, la arbitrariedad y la irracionalidad en el Derecho penal, a la juridificación de los prejuicios y la dictadura moral de la mayoría, extremo especialmente preocupante en las sociedades multiculturales. Nos remitimos a Robinson⁵⁶, para ver la solución que ha adoptado en esta cuestión.

PAWLIK

Es interesante aportar el pensamiento de PAWLIK a raíz de su estudio sobre el derecho internacional penal alemán y la teoría de la pena⁵⁷. Sugiere que la sistematización de los principios del derecho internacional penal debe realizarse a partir de la retribución, de la legitimación del castigo orientada retributivamente (*punitur quia peccatum*). Pero, superada la irracionalidad de intentar legitimar un mal que se impone como respuesta a otro mal⁵⁸, es necesario encontrar una cláusula normativa que permita vincular al hecho ilícito una (legítima) pretensión de persecución jurídica. Este elemento de vinculación, lo encuentran los retributivistas en la idea de “justicia compensatoria”⁵⁹. Defiende que la exigencia de compensación que caracteriza la retribución no conduce necesariamente al esquema “mal contra mal, sufrimiento contra sufrimiento”; el ejemplo más claro es el de la indemnización de daños, propia del Derecho civil, como institución restauradora del estado de cosas anterior alterado por una conducta contraria a Derecho. Por tanto, no se impone un mal para responder a otro anterior: la acción restitutiva del estado previo de las cosas debe calificarse como positiva. El problema de la transferencia de la idea de compensación de la indemnización de

⁵⁶ En este mismo escrito: *vid.* “Robinson” (págs. 32 y 35).

⁵⁷ PAWLIK, Michael. *¿Pena o combate de peligros?*

⁵⁸ *Cfr. Supra* (Apartados 1º y 2º).

⁵⁹ PAWLIK, M. *¿Pena o combate de peligros?* Pág. 17.

daños a la pena reside en el hecho que, mientras la indemnización supone un bien para la víctima, con la pena la víctima no obtiene ninguna ventaja inmediata: no podemos considerar que la pena sea precisamente una ofrenda de sacrificio que el autor hace al lesionado⁶⁰. Deviene difícil admitir pues que la imposición de pena cumpla una función compensatoria, ya que tiene un carácter supraindividual, como es propio de las materias de Derecho Público; conforme a la teoría hegeliana, el interés público (vigencia de la norma) prevalece sobre el individual (satisfacción de las pretensiones (vengativas) de las víctimas), pues el injusto penal es un ataque al orden jurídicamente constituido de libertad⁶¹.

La libertad individual solo existe en un estado de libertad, por ello, razona Pawlik que la comisión de un delito significa la infracción de la obligación del ciudadano de contribuir a la conservación del orden existente de libertad. Y la pena significa tener que soportar que los bienes propios sirvan para demostrar el carácter lesivo de la libertad de la acción cometida. La noción del delito como infracción de un deber conduce a una concepción positiva de la pena, como pretensión de sometimiento del autor para el restablecimiento de la relación jurídica por él lesionada⁶². De esto se deriva que una infracción de este deber solo puede ser cometida por quien se halla sujeto a esa obligación de contribución al mantenimiento del orden de libertad, esto es, por quien vea protegida su libertad por el mismo ordenamiento que impone este deber. Esta libertad está condicionada a que el ordenamiento garantice una vida en situación de seguridad. Estos requisitos de punibilidad se cumplen en el ámbito del Derecho internacional penal, en virtud del principio de territorialidad⁶³ (y el de ubicuidad, además de otras consideraciones⁶⁴), pero es mucho más fácil de justificar en el ámbito nacional sobre la base del principio de reciprocidad y la idea del “contrato social” (Hobbes), plasmados en la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, que hace aflorar este deber de contribución al orden existente de libertad por parte de todos los ciudadanos.

De todo lo expuesto en este apartado, podemos resaltar en la doctrina alemana una creciente preocupación por atender a la perspectiva y los intereses de las víctimas de diferentes maneras (Hörnle y Pawlik).

⁶⁰ *Idem*. Pág. 18.

⁶¹ *Idem*. Pág. 18.

⁶² *Idem*. Pág. 19.

⁶³ Es un principio de universalidad limitado territorialmente, por el que el Estado doméstico garantiza la igualdad y seguridad de todas las personas que se encuentran en este territorio. De modo que, pudiendo todos esperar la protección del Estado, surge un deber de obediencia hacia este.

⁶⁴ Es especialmente interesante, pese a que se escapa del objeto (más teórico y abstracto) del presente trabajo, la problemática en torno a los principios de personalidad activa y pasiva y de representación en el Derecho internacional penal; en definitiva, se plantean varios aspectos en torno a la posibilidad o la legitimidad del Estado para castigar a extranjeros: *cfr.* PAWLIK, M. *¿Pena o combate de peligros?* Págs. 21-33.

5. Las modernas teorías de la retribución en la doctrina estadounidense

Estudiamos ahora las propuestas de la doctrina estadounidense, que guarda similitudes con la anterior, aunque con una defensa más comprometida de la retribución como teoría de la pena.

ROBINSON

Entre los valedores del retribucionismo en Estados Unidos encontramos a ROBINSON, que se plantea a quién debe sancionarse y en qué medida; un juicio este posterior al de la justificación de la institución de la pena⁶⁵. Señala que la distribución de la responsabilidad penal y la pena por el poder legislativo debe realizarse según unos principios justificativos que responden a los distintos fines de la misma; aboga por la necesidad de encontrar un principio distributivo articulado que disminuya la discrecionalidad de los jueces, de modo que la pena impuesta al delincuente sea el producto de lo que ha hecho y de sus características personales antes que del juez concreto que conozca del delito cometido⁶⁶. Queda clara su voluntad uniformizadora del sistema de imposición de la pena, de establecer una guía para los legisladores y los jueces, a fin de evitar la arbitrariedad y los prejuicios (en detrimento de la racionalidad) en la distribución de la responsabilidad penal y la pena⁶⁷. Entre los distintos principios distributivos que analiza están la disuasión general, la disuasión especial, la incapacitación de los peligrosos (prevención especial negativa), la rehabilitación, el “merecimiento deontológico” y el “merecimiento empírico”. Ante los conflictos que se plantean entre estos principios y los problemas de las combinaciones desarticuladas de los mismos, pasa a analizarlos uno por uno para ver si estos cumplen realmente su función, valorando empíricamente su *utilidad y eficacia*, su aptitud para ser el principio distributivo que busca. Tras analizar los principios propios de las teorías preventivas de la pena, entra de lleno en el análisis de los principios retributivistas.

Ante todo, distingue el “merecimiento deontológico” del “merecimiento empírico”, ambos centrados en la retribución, en la culpabilidad del delincuente y en el principio de proporcionalidad penal⁶⁸. El primero, refleja el principio justicial propio del retribucionismo histórico (Kant, Hegel), con el fundamento ético-filosófico de la reprochabilidad moral por el

⁶⁵ ROBINSON. Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Pág. 31.

⁶⁶ *Idem*. Págs. 32-33.

⁶⁷ *Idem*. Págs. 47-49.

⁶⁸ A efectos de exégesis cabe citar un tercer tipo de merecimiento: el vengativo (Ley del talión), cuyo elemento central es la magnitud de la lesión causada por el delito (la proporción entre el daño y la pena, de modo que la pena merecida es aquella que iguala el sufrimiento de la víctima).

delito cometido. El segundo es un concepto acuñado por Robinson (pese a que podemos encontrar puntos en común con las tesis de HÖRNLE⁶⁹) que, a diferencia del anterior, es coherente con las finalidades de prevención instrumental del delito; se define como el merecimiento basado en las intuiciones o los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad⁷⁰. Este segundo principio distributivo es ventajoso en tanto que, al recoger las nociones y demandas sociales sobre culpabilidad relativa, fundamenta la credibilidad y la autoridad moral del sistema de justicia penal, lo que redundará en un aprovechamiento por este de la capacidad de prevenir delitos a través de la influencia social y normativa.

Robinson considera que el merecimiento deontológico materializa una serie de principios basados en valores fundamentales, sobre lo correcto, lo justo y lo bueno; estos son principios morales absolutos y “verdaderos”, sin consideración de las circunstancias políticas, sociales o de otro tipo de la situación concreta. En cambio, el merecimiento empírico, al basarse en los puntos de vista compartidos de justicia de la sociedad, no significa que la pena que esta estime justa lo sea necesariamente, pues esta valoración surge de la intuición (irracional), no de la racionalidad humana y la verdad absoluta. Sin embargo, lo que pone en valor Robinson de este tipo de merecimiento (y considera que lo legitima) son sus consecuencias prácticas (como veremos *infra*), la efectividad utilitarista del merecimiento para el control del delito. Vemos como este autor evita inteligentemente dar patente de corso a un concepto “democrático” de justicia, pues reconoce que el merecimiento empírico nos dice qué es lo que la gente piensa que es justo, pero no lo que lo es verdaderamente, eso solo puede hacerlo el merecimiento deontológico; aporta la esclavitud y los crímenes del nazismo como ejemplos de que la injusticia (verdadera, absoluta y atemporal) puede no apreciarse según el pensamiento de la época histórica y el contexto social y cultural en que uno se encuentre⁷¹.

El merecimiento deontológico y el empírico muestran preocupación por la determinación de la cantidad de pena que debe imponerse por un delito, pues ambos expresan una idea de culpabilidad o gravedad relativas⁷², esto es, que la pena debe determinarse dentro de un abanico limitado de sanciones. Por tanto, esta graduación de sanciones debe corresponderse con distintos niveles de culpabilidad moral; de modo que, para establecer una clasificación ordinal de penas, es necesario determinar la sanción más grave del sistema de penas (lo que implica un juicio moral-social sobre la jerarquía de la maldad de los distintos delitos), como

⁶⁹ Vid. *supra* “Hörnle” (pág. 28).

⁷⁰ ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Págs. 46-47.

⁷¹ *Idem*. Pág. 168.

⁷² A diferencia del merecimiento vengativo, que preconiza la idea de gravedad absoluta de la pena, esto es, que debe ser similar a la del sufrimiento causado por la infracción.

referencia de todas las demás, a fin de que al infractor se le imponga la pena correcta (a través de una indicación general de los extremos punitivos que deben evitarse) según esta clasificación, en función de la mayor o menor reprochabilidad moral de la conducta ilícita. Sin embargo, por carecer estos tipos de merecimiento de la idea de absoluta correspondencia entre el daño y la pena, no puede darse una indicación sobre la concreta sanción a elegir (la extensión de esta)⁷³.

Robinson expone y argumenta las críticas al concepto de pena como “merecida”: se le reprocha exceso o falta de “severidad” por unos u otros (sería más improbable que ocurriera en el caso del merecimiento empírico, pues la pena impuesta respondería a las intuiciones de justicia compartidas por la sociedad)⁷⁴ o su pretendido asentamiento en la ira y el odio. Sin embargo, no podemos entender que la falta de unanimidad sobre la extensión de la pena a imponer sea un argumento decisivo contra el merecimiento empírico (raramente existe unanimidad entre los miembros de una comunidad en torno a una cuestión), más aún cuando ningún otro principio distributivo puede garantizar dicha unanimidad: podemos considerar suficiente en la traducción del principio de reprochabilidad moral del delincuente a una sanción concreta el acuerdo general o de la mayoría sobre la clasificación ordinal de las penas ya referida (aunque pueda existir un gran desacuerdo respecto de la gravedad de las penas en general o con los hechos del caso)⁷⁵. Asimismo, la concreta motivación de quien sanciona no desvirtúa la determinación de la sanción, podría ser que dicha motivación coincidiese de todos modos con la extensión “merecida” de pena conforme a la reprochabilidad moral del delincuente, ello no la convierte en injusta.

Otros autores espetan al merecimiento su preferencia por la prisión o por “algo peor”⁷⁶ (tortura, pena de muerte), esta crítica es insostenible en tanto que el merecimiento deontológico y el merecimiento empírico no se basan en la reproducción del sufrimiento de la víctima en el delincuente, sino en la reprochabilidad de este infractor, lo que se traduce en la imposición de una cierta medida de pena, objetivo que no debe satisfacerse necesariamente con la pena privativa de libertad; al dirigir su atención hacia la cantidad de pena antes que la naturaleza de esta, el merecimiento (deontológico o empírico) permite flexibilidad en la imposición de las penas, siempre y cuando se respete el *quantum* de pena que se reputa como merecido (proporcionalidad); ello autorizaría la imposición de sanciones no privativas de

⁷³ ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Págs. 164-165.

⁷⁴ V. gr.: la cuestión de si es justo castigar igual el delito intentado y el consumado, dado que la conducta moral es la misma y solo se distinguen en el resultado, tiene tantos seguidores como detractores (cfr. ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Pág. 170).

⁷⁵ *Idem*. Págs. 181-184.

⁷⁶ Cfr. ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Pág. 172.

libertad que cumplen además funciones preventivas (rehabilitación, disuasión...). La supuesta vaguedad de las exigencias de la retribución⁷⁷ se resuelve acudiendo a la figura del “retribucionismo limitador” (*limiting retributivism*), esto es, apelando al acuerdo legislativo que existe sobre los extremos que no se pueden sobrepasar en la imposición de la pena a un determinado delito y la clasificación referenciada a la pena más grave (convencionalmente establecida), de la que ya hemos hablado *supra*, ello nos proporcionará una magnitud dentro de la cual deberá determinarse la pena concreta; el merecimiento niega la posibilidad de predeterminar la exacta sanción a imponer, y ello no puede entenderse como un problema, como una vulneración de la garantía de seguridad jurídica (que ya se satisface con el establecimiento de un límite mínimo y otro máximo de pena para un determinado delito), sino más bien como la posibilidad que el tribunal haga uso de su discrecionalidad para ponderar las circunstancias que estime pertinentes a fin de señalar la pena “más” adecuada dentro de los márgenes prefijados.

También se critica por parte de los instrumentalistas (utilitaristas) su falta de utilidad, pues no evita delitos que se podrían evitar⁷⁸. De modo que la imposición de la pena merecida como la causación intencional de sufrimiento carecería de sentido y sería incluso cruel, pues no reportaría ningún bien. Además, los utilitaristas arguyen que la institución de la pena merecida, justa, no reduce la comisión de delitos, no disuade en algunos casos; por lo que para que cumpliera una utilidad, un bien (evitación de delitos), la pena debería ser mayor, más gravosa. Esta crítica es válida para el merecimiento deontológico, pero no para el merecimiento empírico, pues su distribución de responsabilidad y pena está pensada para reducir el delito futuro: a través de la canalización del poder de control del delito que tiene la influencia social que acompaña a la construcción de la credibilidad moral del Derecho penal. Esto es, el Derecho penal y el sistema de penas, al reflejar las intuiciones de justicia de la sociedad, crean, por su mera existencia, la percepción (verdadera o no) entre los ciudadanos de que se está haciendo justicia, lo que refuerza la confianza en el Derecho y cumple, a su vez, una función preventivo-comunicadora para los eventuales infractores, pues la sociedad ha fijado la intensidad de la pena en un nivel que provoca una reacción en el eventual delincuente: pues refleja su noción de justicia y ello le puede disuadir de cometer el delito o intimidarle. Asimismo, se censura la inmoralidad del merecimiento empírico, la “injusticia de

⁷⁷ Esta vaguedad es infundada, pues los estudios empíricos confirman que las intuiciones de justicia de la gente no son vagas y simplistas, sino bastante sofisticadas y complejas: *cfr.* ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Pág. 181.

⁷⁸ ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Págs. 185-186.

la pena justa⁷⁹. Ello nos aboca a una discusión abstracta y, a mi juicio, estéril, irresoluble; pues, como sabemos, la injusticia no es un concepto exacto, aunque el merecimiento deontológico tiende a configurar una responsabilidad y unas penas que sean moralmente adecuadas. En cambio, el merecimiento empírico no pretende adoptar unos principios de justicia moralmente adecuados, sino aquellos que sean compartidos por la sociedad, así pues es más probable que sus resultados se revelen realmente injustos (frente al merecimiento deontológico), pero de todos modos parece una teoría más ventajosa que las alternativas y expresa un deseo sincero de consecución de la Justicia.

Por último, se cuestiona la dificultad de implementar en la práctica un sistema de justicia basado en los principios del merecimiento⁸⁰. No es realista pensar que se pueda implementar el merecimiento deontológico, por el desacuerdo entre los filósofos en asuntos relacionados con el merecimiento. En cuanto al merecimiento empírico, tampoco podemos afirmar que exista un acuerdo amplio sobre el merecimiento, sobre todo fuera de los delitos “nucleares” del Derecho penal (criminalidad violenta, delitos patrimoniales y socioeconómicos); por lo que, como se intuye, debería adoptarse la máxima de la democracia: la decisión de la mayoría. Pero en este punto, Robinson propone una solución, ante los riesgos de un adopción *in totum* del merecimiento empírico como principio distributivo de la pena: razona que hay casos en que este principio distributivo debe separarse de las intuiciones de justicia de la comunidad por revelarse estas como inmorales en un sentido deontológico trascendente, como hemos señalado *supra*⁸¹, o por existir una pluralidad de intereses sociales que por su importancia deben anteponerse a los eventuales beneficios para el control del delito que puede tener la distribución de la pena según el merecimiento empírico. Estos intereses son, por ejemplo, la irretroactividad penal, la justicia procedimental o la protección del derecho a la intimidad y la libertad individual⁸². También puede darse esta separación por el fenómeno de la utilización del Derecho penal como instrumento de transformación social, esto es, emplear el Derecho penal para cambiar determinadas intuiciones de justicia por unos valores que se consideran más deseables para la sociedad. La conclusión de Robinson es que la necesidad ocasional de esta desviación no desvirtúa la adopción del merecimiento empírico como principio distributivo, sino que el sistema no debe separarse de aquel a menos que los beneficios que se deriven de tal desviación sean lo suficientemente claros y sustanciales como para superar los costes derivados de la disminución de la reputación moral del sistema que produce tal

⁷⁹ *Idem*. Pág. 186.

⁸⁰ *Idem*. Págs. 188-193.

⁸¹ *Vid.* pág. 32.

⁸² ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Pág. 192.

desviación. Esta solo debe admitirse cuando sea de poca entidad y sus beneficios superen los costes de la pérdida de de la credibilidad moral del Derecho; antepone aquí la utilidad al respeto escrupuloso del merecimiento empírico.

Habiendo fijado el fundamento, los problemas y las ventajas del merecimiento empírico, Robinson diserta también en torno a la utilidad del merecimiento⁸³, aunque a diferencia de los defensores de las teorías preventivas, no lo estudia como el fin o la función de la pena, sino como una consecuencia o efecto del uso del merecimiento empírico como principio distributivo, que en nada afecta a la validez o vigencia de su fundamento jurídico legitimador (merecimiento del castigo conforme a las intuiciones de justicia compartidas por la sociedad), si bien esta utilidad es lo que posibilitaría su aceptación por parte de la sociedad como principio distributivo.

En primer lugar, es innegable el valor para el control del delito del uso del merecimiento empírico⁸⁴. ¿Por qué una amplia mayoría de los miembros de la sociedad actúa de modo conforme a la ley? Caben dos posibles respuestas al motivo del respeto del Derecho: porque consideran que representa los principios de justicia asumidos por personas morales y que desean vivir conforme a esas reglas morales, o porque al especificar la ley una conducta moralmente correcta, la comunidad cree en la “clara corrección de la ley”, por lo que sus miembros temen la desaprobación de la sociedad si la infringen. En el primer caso, el cumplimiento es fruto de la interiorización de la norma como principio de conducta y en el segundo, es fruto de la influencia social normativa. Así, el Derecho penal influye en la conducta de los ciudadanos a través de estos dos mecanismos que tienen varias expresiones. La estigmatización de quien incumple las normas legales (como reflejo de normas sociales) solo es eficiente si la sociedad otorga credibilidad moral al sistema. Esto se relaciona con el hecho que un Derecho respetado (“compartido”) por los ciudadanos evita la resistencia y subversión que produciría un sistema que no hace justicia (por ser infracriminalizador o sobrecriminalizador): los estudios empíricos (en Estados Unidos), recuperando el dilema de *El príncipe* de Maquiavelo, demuestran que para que una sociedad libre funcione es necesario que una amplia mayoría de los ciudadanos cumpla ley no porque teman el castigo, la sanción penal, sino porque acepten que el imperio de la ley hace posible la sociedad, porque consideren la ley una autoridad moral legítima, que realiza la Justicia⁸⁵. De este modo, se evitan también las llamadas “patrullas vecinales” y otros medios de autoprotección de ciertos

⁸³ *Idem*. Págs. 197-237.

⁸⁴ *Idem*. Págs. 197-211.

⁸⁵ *Idem*. Pág. 202.

colectivos que, al considerar que la ley no les protege o no es justa, acuden a medios coercitivos de autotutela de sus derechos a fin de aplicar la justicia privada cuando no consideran que la pública sea satisfactoria. Visto esto, podemos afirmar el poder persuasivo del Derecho penal, pues si genera respeto moral como indicador de lo que la comunidad percibe como condenable puede ser guía de conducta convincente para los ciudadanos, ya que confiarán en que aquello que la ley configura como delito o prohibición es realmente algo “malo”, incorrecto; y, en los casos límite en que la incorrección de un comportamiento no esté establecida o resulte ambigua en la mente del sujeto (está inseguro acerca de su propia opinión sobre si la conducta es mala), este optará por el cumplimiento del Derecho por referencia a su autoridad moral, como guía de conducta, como demuestra la práctica. Robinson valora esta “obediencia ciega” como útil socialmente. Esta se basa en actitudes de confianza hacia la fuente, fundamentadas en experiencias anteriores en que se verificó la credibilidad del Derecho⁸⁶.

Por tanto, vemos que para el cumplimiento de la ley es fundamental que los sujetos la reconozcan como una autoridad moral legítima, y ello se consigue genéricamente al reflejar las intuiciones de justicia, del bien y del mal, compartidas por la sociedad. Pero esto presenta algunos problemas⁸⁷. En primer lugar, los efectos perniciosos de la oscuridad de la distinción entre lo civil y lo penal, especialmente debido a la “expansión” del Derecho penal: el reprender penalmente conductas consideradas no reprochables, ajenas a lo penal (como merecimiento), debilita el efecto estigmatizador que se pretende con la sanción penal y disminuye el respeto y la credibilidad moral del sistema, cuyo mensaje de condena aparece deslegitimado por reputarse esta condena como injusta o desproporcionada. Otro problema es el de las divisiones morales dentro de la sociedad, especialmente cuando estas son opuestas e irreconciliables, cuyo ejemplo más palmario en Occidente es la dicotomía proaborto-provida, en que es difícil abogar por la renuncia de unos u otros a sus fuertes convicciones morales en pos del respeto al Derecho, pues en función de qué posición refleje preferentemente el Derecho y la intensidad del movimiento ninguneado, este no otorgará credibilidad moral ni legitimidad al sistema penal, al menos en este aspecto (aborto), pues existirá un fuerte desacuerdo moral. Sin embargo, la práctica demuestra que la compartimentalización del desacato raramente se produce⁸⁸, sino que normalmente el desacato de una norma concreta que se considera “mala” conduce al desacato generalizado del sistema (*v. gr.*: proliferación

⁸⁶ *Idem.* Pág. 210.

⁸⁷ *Idem.* Pág. 211-223.

⁸⁸ *Idem.* Pág. 216.

del crimen organizado en Estados Unidos a raíz de la prohibición de comercializar alcohol), la desaprobación de una ley puede llevar a la desvirtuación del sistema, a la percepción de que es injusto, falta de credibilidad moral y legitimidad, lo que conduce a la convicción de que es “justo” rebelarse contra él. De todos modos, es importante que el Derecho penal refleje las convicciones morales de la sociedad en aquellos ámbitos en que no exista un grave desacuerdo⁸⁹. Otra cuestión es que del mismo modo que el Derecho puede persuadir a los sujetos a cumplir con la ley, también puede incitarlos a rebelarse contra él cuando no incorpore las intuiciones morales de la comunidad o de un sector de esta. Si, en la tramitación de una nueva norma penal, el legislador no logra convencer a los ciudadanos de que sus intuiciones contrarias a ella son incorrectas, a fin de influir en ellos para cambiar estas intuiciones, se enfrenta al riesgo de perder su credibilidad, a generar rechazo entre la ciudadanía dicha ley cuando vaya a implementarse. Otro aspecto, es el de la fragilidad de la reputación del Derecho y su vinculación al merecimiento, de modo que las desviaciones del merecimiento comportan costes como hemos visto *supra*, por lo que el legislador deberá decidir en qué casos admite esta desviación en orden a un bien o interés considerado superior a la eventual pérdida o disminución (puntual y concreta, o no) de la reputación del Derecho.

En definitiva, el Derecho penal puede generar un efecto directo de cumplimiento si es percibido como autoridad moral; su credibilidad y poder de influencia derivan de su intento evidente de hacer justicia más que de la persecución y castigo de delincuentes, y esta credibilidad tiene como presupuesto una distribución de responsabilidad que se ajuste a las intuiciones de la comunidad sobre los principios del castigo merecido y un sistema de justicia penal centrado en la reprochabilidad del delincuente. Por tanto, la credibilidad del sistema está en peligro cuando se criminalizan actos que la sociedad no considera delictivos o no se criminalizan los que la sociedad sí considera condenables.

A continuación, Robinson estudia cómo se determinan las intuiciones morales compartidas por los ciudadanos. El merecimiento empírico se constituye por aquellos principios de justicia en que los ciudadanos se apoyan intuitivamente al formular juicios sobre la reprochabilidad, pero niega que estas intuiciones puedan extraerse de la actualidad informativa y política y del debate público. De modo que la forma más fiable para determinar estas intuiciones es ofrecer un relato básico con distintas variaciones, observar cómo valoran distintos sujetos la reprochabilidad de las conductas enjuiciadas en cada caso y deducir a partir de las diferencias entre los supuestos los factores que configuran los juicios de la persona en materia de

⁸⁹ *Idem*. Pág. 223.

reprochabilidad⁹⁰. Por tanto, las intuiciones de justicia compartidas por la sociedad no incluyen las valoraciones vengativas, espontáneas, arbitrarias o irreflexivas. Por otro lado, varios estudios demuestran que los juicios intuitivos sobre la responsabilidad criminal y la pena se basan en consideraciones vinculadas al justo merecimiento, en vez de la disuasión o la inocuidad⁹¹. Finalmente, el merecimiento empírico preconiza el uso de los principios de justicia de la comunidad para elaborar el Código Penal y las directrices para la determinación individual de la pena, lo cual como ya hemos visto genera algunos problemas en la práctica⁹². Ya hemos apuntado *supra* la relación existente entre la justicia restaurativa y la retribución. Baste aquí decir que Robinson considera que el éxito de esta teoría reside en que parece que dé a los participantes lo que desean, reflejando las intuiciones compartidas de justicia⁹³. Por tanto, esta presunción incluye el mismo fundamento que el merecimiento empírico. Sin embargo, el objetivo de la teoría restaurativa actualmente no es otro que la abolición del castigo, de la pena basada en el justo merecimiento, de modo que el delincuente responde como con una indemnización civil. Por tanto, razona que se sacrifica la pena y la justicia (y con ello el sentido del Derecho penal) por las ideas de perdón y restauración o indemnización, que por otro lado también pueden lograrse a través de los cauces del Derecho penal.

La conclusión a la que llega Robinson con su estudio del merecimiento empírico es que para prevenir delitos, el poder de las relaciones interpersonales y de las normas interiorizadas es muy superior al de la amenaza de la sanción. Asimismo, considera que ninguno de los principios distributivos expuestos es el principio distributivo ideal. Lo que denota que no es posible fundamentar la *distribución* de la responsabilidad penal y de la pena (distinto a la justificación de la *institución* de la pena). Así pues, emerge la necesidad de establecer un principio distributivo, articulado e híbrido⁹⁴. Este podría ser el del “retribucionismo limitador”, que hemos visto *supra* y aparece enunciado en el *Model Penal Code* [art. 1.02(2)] del American Law Institute (ALI), en que el merecimiento es el principio distributivo primario (reprochabilidad del infractor, gravedad del delito, proporcionalidad) y se permite el recurso a la disuasión, rehabilitación, incapacitación, reparación y reinserción en la medida en que se demuestre que son factibles y no entran en conflicto con el merecimiento⁹⁵. Así, estos principios ajenos con el merecimiento son instrumentales de este y su utilización se condiciona a su efectividad. Actualmente, se sabe que el merecimiento no es solo un principio

⁹⁰ *Idem*. Pág. 225.

⁹¹ *Idem*. Págs. 226-227.

⁹² *Idem*. Págs. 228-230.

⁹³ *Idem*. Págs. 237-245.

⁹⁴ *Idem*. Págs. 254-255.

⁹⁵ *Idem*. Págs. 266-267.

limitador (por su arrogada vaguedad), sino que es un principio de determinación, específico y exigente en la distribución, dejando poco espacio para la operatividad de los otros principios: como ya hemos visto, un principio distributivo de merecimiento proporciona una específica extensión de la pena a causa de la exigencia de una correcta jerarquía ordinal propia del merecimiento. Por tanto, este principio del ALI generará una distribución de la responsabilidad y de la pena casi exclusivamente basada en el merecimiento⁹⁶.

Finalmente, Robinson expone su propuesta de un principio distributivo híbrido centrado en el merecimiento empírico⁹⁷. Esta propuesta es heredera de la que acabamos de ver y puede sintetizarse en los elementos expuestos a continuación. El merecimiento empírico es el principio primario, de modo que la responsabilidad y la pena se distribuirán de acuerdo con la reprochabilidad relativa del infractor, determinada a partir de los principios derivados de las intuiciones de justicia compartidas de la sociedad sujeta al Derecho. Se permiten desviaciones del merecimiento en tres casos. El primero, las desviaciones no apreciables, las que persiguen un interés social sin causar un efecto significativo sobre la credibilidad moral del sistema de justicia penal. El segundo, las desviaciones para un control del delito más eficaz, que solo se admitirán cuando los beneficios en términos de control del delito derivados de la desviación pesen más que los costes en términos de control del delito y no exista un medio alternativo para el control del delito que no implique desviación. Y por último, las desviaciones para promover intereses distintos del control del delito, en la medida en que el interés social sea más importante que la pérdida de control efectivo del delito que de ella derive y en la medida en que no exista un instrumento razonable para promoverlo que no implique desviación.

Una vez determinada la extensión de la pena, el juez dispondrá de arbitrio para decidir el método de su ejecución, de sanción; este método deberá ser aquel que del modo más efectivo evitará delitos futuros. Por tanto, este principio distributivo híbrido pretende ser una guía para el ejercicio de la discrecionalidad de los jueces para interpretar las disposiciones penales y determinar la pena.

Se deben adoptar reglas que fortalezcan al máximo la reputación de hacer justicia, tal y como se percibe por la sociedad, pero tolerando excepcionalmente algunas desviaciones del merecimiento empírico que, si bien contradicen el fin primario de hacer justicia⁹⁸ y pueden minar la credibilidad moral del sistema, no dejan de ser deseables y aun preferibles al

⁹⁶ *Idem*. Págs. 270-272.

⁹⁷ *Idem*. Págs. 273-286.

⁹⁸ En algunos casos, esta contradicción o rechazo del fin de justicia es solo aparente, pues la desviación se realiza con la intención de alcanzar la justicia de todos modos, para controlar más eficazmente el delito. Aunque en ocasiones no lo logre, la intención de hacerlo tiene relevancia positiva en el mantenimiento de la reputación moral del sistema.

merecimiento empírico para la sociedad; por tanto, estas desviaciones deben estar siempre justificadas y se deben diseñar cambios en el sistema para evitar desviaciones infundadas (como reformas penales o el empleo de procesos civiles antes que penales, en algunos casos, *v. gr.*: usar métodos civiles para controlar el exceso de celo policial)⁹⁹. Concluye Robinson recordando que, aunque el principio distributivo del Derecho penal es importante, no es el único instrumento ni el más eficaz para disminuir el delito. El control del delito, su reducción, se consigue en parte por la configuración de las reglas de responsabilidad y pena del Derecho penal, pero más eficazmente por programas ubicados fuera del sistema de justicia penal.

DUFF

El catedrático norteamericano DUFF también ha teorizado mucho sobre la revitalización de las teorías de la retribución en los últimos años, en Estados Unidos sobre todo a partir de la década de 1970. Se pregunta si los problemas y defectos imputados a la retribución son insalvables, si debe adoptarse una filosofía penal distinta o si, de lo contrario, sería plausible en el contexto penal y filosófico contemporáneo una versión “robusta” de la retribución¹⁰⁰. Uno de los puntos débiles del redescubrimiento de la retribución es que, en la práctica, se ha demostrado más eficaz como una crítica negativa de los postulados consecuencialistas (ligados mayormente a las teorías relativas de la pena) dominantes en el panorama penal que como una defensa de la retribución robusta o “positiva” que tiene como objetivo la imposición de la pena merecida por el delincuente, dado el relativo fracaso de las políticas consecuencialistas de prevención del crimen¹⁰¹. Otro problema es que la intuición generalmente compartida de que el culpable de un crimen horrible merece ser castigado no es aceptable, sino que debe responder a preguntas seculares como: ¿qué criminales merecen ser castigados?, ¿por qué lo merecen?, y ¿por qué es cometido del Estado mantener una institución cuyo propósito es imponer el sufrimiento merecido? Un intento de responder a estas preguntas por los neo-retribucionistas ha sido adoptar una lógica social-restaurativa: concebir la pena como la imposición de una carga equivalente al beneficio obtenido por el crimen cometido, a fin de restaurar el equilibrio de beneficios y cargas en la sociedad (*balance of benefits and burdens*) previamente alterado por el crimen. Sin embargo, Duff critica que esta caracterización de la pena como una carga es simplista e incompleta, pues no

⁹⁹ *Idem*. Págs. 280-286.

¹⁰⁰ DUFF, R. Antony. «Responsibility, Restoration, and Retribution». Pág. 63.

¹⁰¹ *Idem*. Págs. 63-65.

acoge el significado pleno de la retribución como “sufrimiento merecido” (*deserved suffering*)¹⁰².

A continuación razona los tres desafíos a los que se enfrenta el *revival* de la teoría de la retribución¹⁰³. En primer lugar, el éxito de la “justicia terapéutica” en la reducción del crimen y la rehabilitación de los delincuentes; esta tesis no comparte la insistencia en la proporcionalidad retrospectiva que caracteriza la retribución. En segundo lugar, la eficiencia de la justicia preventiva, centrada en garantizar la “seguridad” a toda costa, a través de excesos como la detención prolongada o indefinida por razones de seguridad pública o protección y la imposición de medidas civiles predelictuales restrictivas de la libertad de las personas; Duff aprovecha para criticar la aplicación del llamado “Derecho penal del enemigo” en la lucha contra el terrorismo; todo ello supone una amenaza para la concepción de la pena como respuesta a un crimen anterior, ya cometido. Por último, la “justicia restaurativa”, fruto del pensamiento abolicionista; esta restauración se puede percibir como una parte o un complemento de la tradicional justicia penal jurisdiccional (institucional y formalizada), pero también como una alternativa o sustitución de esta. De este modo, podría conducir al abandono de la institución del Derecho penal en pos de prácticas “civiles” tendentes a reparar el daño y restaurar las relaciones antes que a condenar los ilícitos penales y castigar a sus autores: ya no hablaríamos de “delitos” y “lesiones” sino de “conflictos”, “problemas” y “daños”, entre otras consecuencias. Por tanto, para evitar este posible escenario debemos progresar en un mejor entendimiento de la necesidad de castigo para la retribución y valorar y reforzar la función de las ideas de reparación y restauración en el sistema de justicia penal. En definitiva, hay que adoptar una postura menos radical de la justicia restaurativa, que sea compatible con la pena retributiva. Este es el camino que indica Duff para lograr una teoría de la retribución válida para nuestro tiempo: abandonar el enfoque puramente punitivo (infligir sufrimiento al culpable) y exclusivamente retrospectivo de la pena, y dotarla de un carácter redentor y constructivo, sin que por ello deje de ser algo gravoso y coactivo para el infractor¹⁰⁴.

Prosigue Duff afirmando que el castigo penal presupone la existencia de un crimen. El Derecho penal trata de los crímenes en tres aspectos: sustantivo (definición de las conductas criminales), adjudicativo (el proceso penal) y punitivo (las penas impuestas a los autores de los crímenes); para entender el último deben entenderse los dos anteriores. Conforme al

¹⁰² *Idem.* Págs. 64-66.

¹⁰³ *Idem.* Págs. 66-69.

¹⁰⁴ *Idem.* Pág. 69.

primero, delimita y relaciona los conceptos de crimen (*crime*), mal (*wrong*) y daño (*harm*): distingue el mal “legal”, penal, público (crimen), del “moral”; y señala que el Derecho penal se encarga genuinamente de “males”, mientras que los “daños” son más propios del Derecho civil¹⁰⁵. En el segundo aspecto, se trata de la responsabilidad de los delincuentes y de la exigencia de rendición de cuentas: la práctica demuestra que a menudo, pese a que el objetivo formal de una acción civil debe ser la compensación, el interés real de las víctimas es pedir cuentas al responsable del daño causado. En cambio, en el Derecho penal se entiende que a las víctimas se les permite que pretendan exigir una rendición cuentas al delincuente por sus actos criminales, y no solo la compensación por el daño sufrido. En este punto, se distingue la rendición de cuentas (*accountability*) de la pena (*punishment*), para justificar la pretensión de que la sociedad tiene derecho a que los delincuentes sean castigados porque lo merecen. Duff considera que hay que priorizar la demanda de rendición de cuentas, no directamente culpabilizadora (sí incriminadora), aunque presupone la responsabilidad (no la culpabilidad) de quien es llamado, como agente responsable, a rendir cuentas sobre lo que ha hecho (crimen), y se ha demostrado igual de efectiva que la anterior pretensión¹⁰⁶. Además critica el enfoque restaurativo, que afirma que se debe asumir la responsabilidad por el hecho ilícito cometido y resolver cómo pagarla por medio de acciones reparadoras extrapenales. Le reprocha a este enfoque su inadecuación para dirimir determinados conflictos que implican una conducta criminal, porque la justicia restaurativa privatiza un conflicto sobre un ilícito reputado como asunto público, que concierne a todos los ciudadanos y cuya resolución es de interés público (*collective business*); esas ofensas públicas son delitos que mayormente exigen un reconocimiento categórico y merecen una condena por parte del poder público (tribunales), antes que el proceso de negociación y compromiso que caracteriza la justicia restaurativa (sí adecuado en delitos patrimoniales de poca entidad); ni siquiera la contribución negligente de la víctima al daño nos llevaría a reducir la responsabilidad culpable y plena del delincuente (v. gr.: en un caso de violación); son casos en que entendemos que el interés público es incompatible (al menos, en parte) con la posibilidad de *negociar* y *acordar* la restauración del *status quo* afectado¹⁰⁷, pues ese interés ordena la *imposición* de una pena por un juez.

Finalmente, Duff define su teoría del retribucionismo “robusto” como aquel que toma el delito pasado por el que se impone la pena no solo como una condición necesaria para dicha pena o como un factor limitador de la severidad de la pena, sino como la fuente primaria de la

¹⁰⁵ *Idem.* Pág. 70.

¹⁰⁶ *Idem.* Pág. 73.

¹⁰⁷ *Idem.* Pág. 74-75.

pena: el castigo se justifica como la respuesta adecuada a dicho delito¹⁰⁸. Sin embargo, esta definición hace más difícil justificar el castigo en absoluto; por lo que Duff se pregunta cómo puede la imposición deliberada de un sufrimiento penal ser consistente con la preocupación y respeto que se deben los miembros de la sociedad, y se plantea la bondad y pertinencia de la justicia restaurativa no punitiva para reparar y restaurar relaciones cívicas que la delincuencia ha dañado. Admite que su diseño del Derecho penal no hace necesaria la institución de la pena como castigo, funcionando la condena solo como un reproche, una censura formal del Estado al infractor. Ello nos puede parecer insuficiente tanto desde la perspectiva de la prevención como la del merecimiento, pues bien, ¿qué “más” debe hacerse con los delincuentes?, ¿por qué ese plus debería ser el castigo, la retribución? Duff descarta que este plus lo pueda integrar el sometimiento del delincuente a cualquier “medida” necesaria y efectiva para la prevención de delitos (desde el tratamiento educativo voluntario hasta la mera retención, pasando por el tratamiento coercitivo¹⁰⁹), pues esta idea es incompatible con la idea de tratar al delincuente como un ciudadano responsable: el proceso penal trata al presunto delincuente no como un proscrito, sino como un ciudadano, igual que las víctimas, y por eso mismo está legítimamente sujeto al juicio y a la eventual condena por sus iguales (*peers, fellow citizens*)¹¹⁰. Descarta también la reparación, la restitución o el pago de una compensación (justicia restaurativa), pues estos medios deberían responder no solo al daño causado (*harm*), sino también al mal (*wrong*) que ha ocasionado el delito. En cambio, propone que se persigan en el proceso penal estos objetivos de reforma de la conducta y reparación futura del mal causado, pero consistentemente con el respeto cívico debido y de una manera justa con los males de los delitos (y para los que sufren y los que cometen estos delitos); esto se lograría a través de un sistema de castigo retributivo, que también cumpliría el fin de reconciliación instado por los mandatos de la justicia restaurativa¹¹¹.

En primer lugar, señala que el castigo tiene un propósito comunicativo: se comunica (al infractor y a todos los ciudadanos) la censura que el crimen merece. Por tanto, el castigo es retributivo: se justifica como una respuesta al mal por el que se impone, y debe ser apropiado en su carácter y gravedad a ese mal. Pero esta comunicación no es puramente retrospectiva: se debe procurar que sirva al condenado para reformar su conducta futura (evitar la reincidencia)

¹⁰⁸ *Idem*. Pág. 77.

¹⁰⁹ MATRAVERS, Matt. «Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?». TONRY, Michael (ed.). *Retributivism Has a Past: Has It a Future?* Oxford – New York. Oxford University Press, 2011. Pág. 41: el autor utiliza la metáfora de la “cuarentena” para referirse a la necesidad de tratamiento o retención de los delincuentes como portadores de un “virus” (la criminalidad), lo que no deja de parecer condescendiente y paternalista hacia el penado.

¹¹⁰ DUFF, R. A. «Retrieving Retributivism». Pág. 15.

¹¹¹ DUFF, R. A. «Responsibility, Restoration, and Retribution». Pág. 78.

y para adoptar una reparación adecuada para las víctimas. Pero, ¿cómo puede una pena dura, gravosa, independientemente de su significado de censura, servir dichos objetivos comunicativos? La intuición nos indica que un castigo duro hace la comunicación más eficaz, de modo que sea más difícil de ignorar. Pero, más allá de esto, en el marco del juicio penal, el castigo debería idealmente cumplir con las dos dimensiones del proceso comunicativo bidireccional¹¹².

La primera, “el castigo comunica la censura del Estado al delincuente”. El objetivo debe ser no solo asegurarse que este oye la censura, sino persuadirlo de que la atienda, se arrepienta de su crimen y entienda la necesidad de reorientar su conducta en el futuro conforme a esta reflexión. Pero la censura meramente verbal, transmitida como una condena, o las sanciones puramente simbólicas, es probable que sean inadecuadas, ya que son fácilmente ignoradas u olvidadas. Así pues, la pena gravosa tiende precisamente a hacer que sea más difícil para el ofensor ignorar el mensaje del castigo que se le comunica, que recuerda la maldad de la acción y sus consecuencias, con el fin de inducir y fortalecer una adecuada comprensión arrepentida de lo que ha hecho. La necesidad de reformarse que asume el delincuente, aunque debe ser algo que logra por sí mismo como un ciudadano responsable, puede ser reforzada por el castigo. La institución de la libertad condicional es un ejemplo de ello.

La segunda, “el delincuente comunica que ha cometido una injusticia contra el Estado (valores de la sociedad) y contra las víctimas”. Ello suscita el deber de “compensar” por ese mal (*wrong*) a través de algún medio de reparación, no solo material sino también moral por el mal ocasionado, algo esto último que no resuelve la justicia restaurativa. La reparación moral se consigue primeramente a través de la “disculpa” (*apology*): cuando uno pide perdón, expresa el reconocimiento del mal causado (admitiéndolo como propio) y el arrepentimiento por ello (repudiándolo), además implica un compromiso sincero de enmienda y refleja el deseo de obtener el perdón y la reconciliación de la persona a la que ha ofendido. El tipo e intensidad de la disculpa dependerá de la gravedad del mal y de otras circunstancias, como la relación entre el infractor y la víctima. De este modo, muchos casos requieren algo “más” que una disculpa verbal, aun con compromiso de reparación, para cumplir adecuadamente con el propósito de disculpa: implicará algo gravoso, una carga que el infractor se compromete a asumir, una tarea que emprende en beneficio de la víctima o la comunidad en general, algún sufrimiento penitencial, algún programa coercitivo orientado a combatir la raíz de su crimen. Por tanto, esta comunicación de la injusticia cometida incluye una disculpa del delincuente, y

¹¹² *Idem*. Págs. 78-80.

esta disculpa será tal en tanto suponga algo gravoso para el penado y una reparación adecuada por el mal cometido. Con el Derecho penal esa disculpa, en cierto modo, se ha “institucionalizado”, se presupone o exige al penado, pero aun estas disculpas de dudosa o desconocida sinceridad cumplen una función: clarificar al delincuente lo que “debe” hacer (disculparse sinceramente) y reconocer por parte del Estado y las instituciones a la víctima la seriedad del mal sufrido. Duff considera pues que este ritual de disculpa y reparación moral, pese a no mostrar arrepentimiento sincero del delincuente; y el hecho de enfrentarse a su crimen y reconocerlo sinceramente (si decide hacerlo) sería una carga que constituiría reparación moral por ese crimen. Termina por definir el castigo estatal como una “penitencia secular”¹¹³. El objetivo de la pena no es simplemente “hacer sufrir” al delincuente, pero el hecho es que si con la pena se quiere comunicar un mensaje de censura y proporcionar un medio adecuado para despertar o ratificar el arrepentimiento del delincuente, esta tiene que comportar algo gravoso¹¹⁴.

Además, esta vertiente comunicativa de la pena (censura del Estado y disculpa debida del delincuente) cumplen también un fin de reconciliación, como restauración de la plena pertenencia del delincuente a la ciudadanía, de su relación con una “comunidad moral”. Esta relación fue dañada al violar los deberes cívicos de la comunidad, y puede ser reparada a través del castigo, de la pena, siempre y cuando los miembros de esta comunidad acepten el “ritual” como una reparación adecuada por el daño sin indagar en la sinceridad de la disculpa ofrecida¹¹⁵.

Para concluir, podemos afirmar que Duff es retribucionista porque centra la pena en el castigo merecido por el delito, la sanción penal es “robustamente” retributiva porque se basa en el crimen cometido y se justifica por este, como una respuesta adecuada al carácter y la seriedad del crimen, a la vez que una reparación correcta, pública y formal por el mismo. Pero no es meramente retribucionista, como él mismo afirma¹¹⁶, porque admite la utilidad *pro futuro* de la pena para la (auto)reforma del delincuente y su reconciliación con la sociedad; y no se opone a las ideas de restauración y reparación, pues la sociedad entiende la pena que impone a los delincuentes como el medio adecuado para la reparación del mal causado con el crimen y la restauración de las relaciones cívicas. Por tanto, podríamos sintetizar el pensamiento retribucionista de Duff en lo que él mismo denominó «las tres “R”»¹¹⁷, pese a que su posición

¹¹³ *Idem.* Págs. 79-80.

¹¹⁴ DUFF, R. A. «Retrieving Retributivism». Pág. 17.

¹¹⁵ DUFF, R. A. «Responsibility, Restoration, and Retribution». Pág. 80.

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ DUFF, R. Antony. «Punishment, Communication, and Community». Págs. 107-112.

y argumentación de entonces es matizada aunque no sustancialmente por la actual, que es la que recogemos en este trabajo. Las tres “erres” se corresponderían con: *repentance* (reconocimiento del mal causado y arrepentimiento), *reform* (reforma del delincuente) y *reconciliation* (reconciliación con la sociedad).

6. La doctrina española minoritaria favorable a la teoría de la retribución

Después de todo el estudio realizado en este trabajo y como cierre del mismo, debemos acercarnos a la corriente doctrinal minoritaria favorable a la teoría de la retribución en España (FEIJOO SÁNCHEZ¹¹⁸ y ROBLES PLANAS¹¹⁹), que ha acogido y adaptado los postulados de las teorías retribucionistas alemana y norteamericana. Tras la exégesis y comentario de esta doctrina, inscrita en la cultura jurídica en la que me he formado, estaremos en condiciones de razonar las conclusiones que adoptamos al final de este trabajo.

FEIJOO

Feijoo aporta la que considera una gran virtud de la teoría retributiva hegeliana: situar la justicia de la pena en la exigencia de que tenga el mismo valor simbólico que el delito cometido, antes que de que sea del mismo tipo que el delito¹²⁰, saliendo así del vetusto esquema “ojo por ojo”. Señala que Hegel se preocupó por diferenciar el concepto jurídico de pena (confirmación de la vigencia de la norma) del concepto vengativo, de carácter necesariamente subjetivo y arbitrario, de inadmisibles adopción por el Estado; esta distinción constituyó un intento de institucionalizar la retribución como fin del Estado de Derecho, algo que ha cristalizado en las teorías neo-retribucionistas, como hemos visto¹²¹. Para Hegel la pena no es una mera réplica fáctica o empírica (mal por mal), no es una sucesión irracional de dos males, sino una réplica normativa, algo referido al injusto y la justicia. Hegel distingue el aspecto externo del delito y la pena (mal por mal) del contenido simbólico o comunicativo que tiene para el Derecho, y es en este contenido en el que se basa para afirmar que con la pena se restablece el Derecho como tal Derecho, de modo que esta no sería un mal sino una respuesta suficiente al hecho delictivo (no tiene que ser de la misma clase y cantidad, como sí prescribía la Ley del talión), a la negación del ordenamiento (“negación de la negación”). Esto

¹¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La pena como institución jurídica*.

¹¹⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Límites al Derecho penal*.

¹²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La pena como institución jurídica*. Pág. 31.

¹²¹ *Idem*. Págs. 32-33.

se resume, como hemos visto a lo largo de este trabajo, en que la pena es necesaria para confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico vulnerado ante el infractor y la comunidad. Analiza las dimensiones objetiva y subjetiva del concepto abstracto (hegeliano) de pena como negación de la negación: para Hegel (frente a Feuerbach), el delito no es solo una mera lesión de derechos ajenos, sino una lesión del Derecho como tal orden con validez general (desautorización de la norma)¹²²; además, recuerda que la pena honra al delincuente como ser racional y susceptible de culpabilidad. En ello radica la justificación subjetiva de la pena, frente al delincuente. Estudia otros aspectos del pensamiento hegeliano ya tratados *supra*.

A continuación, Feijoo realiza un repaso de las doctrinas de la retribución a lo largo del siglo XIX¹²³, para llegar a las teorías neo-retributivas surgidas en torno a la década de 1970¹²⁴, a cuyo análisis se ha dedicado este trabajo, y que aquí repasamos con fines expositivos y a modo de resumen. Hace una valoración sistematizadora y crítica de estas teorías, que agrupa en dos líneas: la liberal anglosajona y la comunitarista, de raíces hegelianas.

En el neo-retribucionismo liberal se ha formulado la teoría de la ventaja injustificada o injusta (*unfair advantage*), según la cual la pena compensa la situación de ventaja injusta producida por el delito; de modo que la pena sirve para anular el beneficio ilegítimo (como disfrute especial o extra de libertad) obtenido por los “polizones sociales” (*free-riders*), que se aprovechan del Derecho sin contraprestación, obteniendo ventajas que demandan compensación. A diferencia de Kant, la pena no se fundamenta en un criterio de justicia, sino de equidad, como predica la teoría de la “justicia distributiva”: distribución o reparto equitativo de los costes y beneficios que acarrea el cumplimiento de las normas; la pena se justifica porque sirve para restaurar el equilibrio que el delito alteró. El problema que plantea es la imposibilidad de graduar la gravedad de los delitos y su mayor o menor lesividad social, pues se centra más en la vulneración de la norma que en las consecuencias que produce el delito; por lo que no ofrece una justificación de por qué unos delitos se castigan más que otros, al no poder razonar la mayor o menor gravedad o lesividad del delito.

¹²² *Idem*. Pág. 35.

¹²³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *La pena como institución jurídica*. Págs. 44-54. El estudio de estas doctrinas (mayormente, fieles a Hegel) excede del objeto de este trabajo, por ello solo se han podido dar algunas indicaciones tangenciales de estas y referenciadas al pensamiento hegeliano, del que son herederas y “guardianes”. Baste aquí agruparlas, conforme a Feijoo en estas cuatro corrientes: la teoría de la lesión intelectual o moral del delito (frente a la lesión puramente fáctica), los neohegelianos (asimilan la concepción de pena de Hegel con algunos matices), el positivismo jurídico (representado por Binding y Nagler y caracterizado por una perspectiva liberal de Estado, despojado de referencias trascendentes por ser iuspositivista y centrado en la función efectiva de la pena de protección de la autoridad del Estado existente) y el clasicismo (defensor de la concepción de la pena como reparación de una lesión moral, como restablecimiento del orden externo de la sociedad conmovido por el delito).

¹²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *La pena como institución jurídica*. Págs. 54-69.

Por su parte, el comunitarismo, mayormente defendido por autores alemanes (Jakobs, Pawlik) y con algunas similitudes con el liberalismo, excluye de la ecuación de la retribución los elementos trascendentes y propone una visión eminentemente jurídico-social: la lealtad jurídica es el precio que debemos pagar los ciudadanos por disfrutar de la paz, la seguridad, la justicia y la protección que nos ofrece el Derecho. Con el delito se infringe el deber de cooperar al mantenimiento del *statu quo* en el que se vive y del que todos disfrutan, este deber infringido debe compensarse con una prestación equivalente al deber no cumplido, lo que constituye la pena. Esto conduce a castigar al delincuente no en cuanto infractor, sino en cuanto ciudadano incumplidor (no virtuoso). Feijoo reprocha a este planteamiento que la pena no es un precio por no contribuir al bien común, sino un pago (retribución) por lesionar¹²⁵; de otro modo, la pena ya no guardaría proporción con la gravedad del delito, sino que se impondría por no ser suficientemente virtuosos como ciudadanos. Considera Feijoo que este error, arrastrado de las teorías hegelianas, se debe a la excesiva identificación entre el Estado, la sociedad y la racionalidad individual; y que conduce peligrosamente a la creación de un “Derecho penal del enemigo” (o del no ciudadano), para aquellos respecto de los cuales no se presume que sean siquiera ciudadanos virtuosos o cooperantes (terroristas, delincuentes sexuales...). Termina por criticar, como ya se habrá intuido, la perspectiva retrospectiva (del hecho pasado) del retribucionismo, que no explica por qué el Estado en algunos casos debería renunciar a la pena por no ser necesaria a pesar de ser merecida; considera que no basta con afirmar que el Estado tiene el “derecho” a castigar, pero no el “deber” de hacerlo¹²⁶.

ROBLES

Por su parte, Robles, tras una introducción a los conceptos de delito, norma y ley penal (siguiendo las teorías de Binding)¹²⁷, entra de lleno en la cuestión de la legitimación de las prohibiciones y los mandatos jurídicos, esto es, el análisis de la teoría de la pena, la justificación y la legitimación del Derecho penal, con un enfoque que exhorta a la necesidad de poner límites al Derecho penal. Pone en el centro de la teoría la autonomía individual, en vez de los bienes jurídicos, pues estos están al servicio y son medio de desarrollo de dicha autonomía¹²⁸. Aporta la propuesta de sustituir el fin de la intervención penal (*ultima ratio*) de protección de los bienes jurídicos por el de protección de la autonomía jurídica de los

¹²⁵ *Idem.* Pág. 63.

¹²⁶ Cuestión tratada también por ROBLES en la siguiente sección (págs. 51-52).

¹²⁷ ROBLES PLANAS, R. *Límites al Derecho penal*. Págs. 21-24.

¹²⁸ *Idem.* Pág. 25.

individuos (definida como la “suma de los potenciales de acción jurídicamente reconocidos a las personas” o “derechos individuales jurídicamente garantizados”, de libre ejercicio). Este planteamiento reduccionista conduce a limitar el concepto material de delito a acciones lesivas interpersonales que implican una pérdida de autonomía individual, de modo que solo se reputarían de delito las conductas en que se pudiera individualizar concretamente a las víctimas (excluyendo las acciones contra estructuras colectivas), y solo en estos casos estaría legitimada la persecución penal. Aún cabe una precisión más a la idea de la autonomía individual como punto de partida del Derecho penal: esta exige un contexto institucional para que sea real, el lugar en el que se verifica materialmente la autonomía es la comunidad estatal, que asume los costes de garantizarla. En una teoría general de la intervención del Derecho penal debemos integrar las tres dimensiones de la autonomía: libertad, seguridad y bienestar. En este punto, Robles delimita las dimensiones fácticas y normativas del daño y de la pena¹²⁹. El concepto fáctico del daño incluye la lesión o el peligro para el bien jurídico, y el concepto normativo distingue entre el daño psicológico-social o intelectual, como los efectos sociales del delito cometido (*v. gr.*: producción de inseguridad), y el simbólico o normativo, como la autocontradicción normativa que el delito supone para el ciudadano infractor. La dogmática tradicional ha dado relevancia al concepto ideal-normativo en detrimento del fáctico, aunque ambos conceptos de daño deben tenerse cuenta en el desarrollo de los límites al Derecho penal como predica el neo-retribucionismo. Lo mismo sucede con la pena, la doctrina ha dado mayor importancia a la dimensión normativa (simbólica o comunicativa) que a la fáctica (el sufrimiento o dolor penal); ello se debe a que la doctrina alemana (y parte de la española) entiende que la pena normativamente es un “bien” (para la sociedad) que se estima de una magnitud superior al “mal” que supone para quien la sufre, y que por ello justifica la imposición del dolor penal. Esta postura, como hemos dicho antes, debe ser revisada. Robles arguye que la teoría de la justificación de la prohibición y de la pena es elemental para valorar las teorías de la pena y la legitimación de la intervención del Derecho penal. La lógica y los principios rectores de las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad), esto es, la responsabilidad y la solidaridad, son trasladables al debate sobre la legitimación del Derecho penal y los límites de su intervención, qué es susceptible de prohibición y sanción con pena¹³⁰.

¹²⁹ *Idem.* Págs. 27-28.

¹³⁰ *Idem.* Págs. 29-47.

necesidad agresivo, respectivamente, y caracteriza las conductas penalmente relevantes como incumplimiento de deberes (jurídicos, sociales o morales) por parte de los ciudadanos y merecedoras de sanción. El primero es el paradigma de la lesión, de las conductas lesivas de los derechos de libertad consistentes en menoscabar o intentar menoscabar los objetos de referencia de tales derechos; en este caso los límites al establecimiento de normas de conducta deben ser muy reducidos (casos de insignificancia del bien o del ataque y de adecuación social) y de interpretación restrictiva, por lo que en la mayoría de los casos la prohibición de estas conductas estará justificada por el carácter lesivo de estas y por el deber del ciudadano de garantizar la seguridad de los demás (derecho a la seguridad). El segundo es el paradigma del peligro abstracto, de la garantía de la disponibilidad de los derechos y las libertades, en este caso el establecimiento de normas prohibitivas también es mayoritario a fin de evitar que de los ciudadanos surjan peligros que hagan incierto el disfrute de los derechos de los demás; aquí, la legitimación de la intervención penal reside en el principio de responsabilidad, las normas de conducta penales se asientan en la máxima de respeto de un determinado orden de cosas ya existente, en el deber de inalterabilidad de determinadas condiciones que garantizan la vigencia de los derechos y libertades. Por tanto, solo se permiten las conductas que como ejercicio de libertad del presunto infractor sean de mayor valor que la libertad que protege la norma en principio prohibitiva de aquellas conductas. Por último, respecto de las condiciones institucionales de la libertad, los criterios de legitimación de las normas prohibitivas son más difusos y se asimilan a los del estado de necesidad agresivo: se exige una prestación positiva del ciudadano ajeno a la situación de peligro para la conservación de la libertad de otro ciudadano (necesitado); solo es legítima la restricción de libertad (genuinamente por el Estado) cuando esta es de escasa importancia en relación a la gravedad de la pérdida para la garantía de su organización institucional.

Una vez legitimada la prohibición penal, debemos determinar las normas que van a estar jurídico-penalmente garantizadas, esto es, las leyes penales. Esto plantea la cuestión de la “necesidad de pena”, como ejercicio del poder coercitivo del Estado, garante de derechos y libertades¹³¹. Robles razona que la pena no es solo un mal para el delincuente condenado, sino también para el Estado en concepto de costes de administración de justicia y penitenciaria y lesión de los intereses jurídicos del reo, sus familiares y la comunidad. Por tanto, debe distinguirse el “derecho” del Estado a castigar (*Strafrecht*) del “deber” de hacerlo (*Strafpflicht*): conforme a Binding¹³², solo deberá castigarse cuando el mal de no castigar sea

¹³¹ *Idem.* Págs. 34-35.

¹³² *Idem.* Pág. 36.

superior para el propio Estado que el mal de castigar. Por tanto, el “derecho” del Estado a imponer la pena nace con el delito, pero el “deber” de castigar se condiciona a los efectos perniciosos del delito, a la necesidad de afirmar la autoridad de la norma infringida. Pero, ¿cuándo surge esa necesidad? y ¿es legítimo acudir al Derecho penal siempre que surge esa necesidad?, estas preguntas se relacionan con el principio de *ultima ratio* o fragmentariedad del Derecho penal y son más propios del ámbito político-criminal que del exclusivamente jurídico-penal.

En su vertiente fáctica la pena es un mal cualificado: no es solo una restricción jurídica de derechos para el penado, sino también un reproche ético-social, consistentemente con la noción de pena defendida por el neo-retribucionismo. Pero en su vertiente normativa es un bien, porque restablece el orden normativo perturbado por el delito y afirma la validez del ordenamiento jurídico. Sin embargo, como ya hemos dicho, según Binding, la pena es un mal fáctico en cuanto supone costes para el Estado, pero también causa un daño normativo supraindividual, pues con ella, al negar los derechos y la libertad de un miembro de la comunidad jurídica, se niegan bienes y valores importantes para dicha comunidad. Lo que nos debemos plantear a continuación, una vez caracterizada la pena, es la necesaria correspondencia de esta con el daño, el delito al que responde. Dejando de lado el daño fáctico (a veces inexistente o insignificante, como en la tentativa), nos centramos en el daño normativo: el delito, para “reclamar” la pena, deberá contener una perturbación normativa tal que requiera ser contradicha expresamente, y deberá ser apta para producir consecuencias psico-sociales que requieran de una demostración sobre lo razonable del mantenimiento de la norma como guía de conducta social¹³³. En este punto, reflexiona sobre el “dolor penal”, que disocia de la teoría de la prevención general negativa al afirmar que el delincuente responde única y exclusivamente de los daños a la autoridad o la vigencia de la norma causados por *su* hecho; arguye que la pena no funciona como una amenaza, sino como anuncio de que es la consecuencia de la responsabilidad. La pena como “sufrimiento” responde a la intuición de que ella debe significar un “mal”, una disminución cualificada del *status* jurídico del infractor. Así, se requiere un mal de intensidad suficiente para poder actuar como medio de retribución del injusto culpable y expresar adecuadamente el desvalor del hecho, la pena debe expresar lo que merece el hecho, solo así se compensa el daño causado. Por tanto, el sufrimiento en la pena se impone por ser merecido (retribución), no por ser útil (prevención).

¹³³ *Idem*. Pág. 40.

A continuación, critica la vigente expansión del Derecho penal, considera que esto contradice su carácter de contención, esto es, de reacción penal a la vulneración de determinados intereses considerados plasmados en un número más o menos reducido de normas de conducta (principio de fragmentariedad del Derecho penal).

Finalmente, se refiere a los paradigmas de legitimación de la pena, según el grado de protección penal de la autonomía individual que se estima que debe ofrecer el Estado ante la infracción de deberes positivos y negativos¹³⁴. Distingue el tratamiento de los delitos que causan una lesión o la puesta en peligro concreta de un bien, los delitos que lesionan la libertad como utilidad (engaño, coacciones o amenazas), las formas de anticipación, las conductas meramente molestas o socialmente incívicas, los delitos de mera actividad (de peligro abstracto o de “mera desobediencia”, como los define Binding) y las infracciones de deberes “institucionales”, contra el Estado (no colaborar con el Estado, deslealtades, desobediencia, abuso de derecho o de competencia; delitos de acumulación).

¹³⁴ *Idem*. Págs. 42-47.

7. Conclusiones

Al final de este trabajo podemos afirmar que la cuestión de las teorías de la pena es un debate abierto y complejo. La doctrina coincide en afirmar que la pena debe ser algo coactivo y gravoso, no deseado por el delincuente. La necesidad de la pena se constata como un fracaso del Estado en su cometido de mantener el orden, la seguridad y la paz de la sociedad.

Parafraseando a Frisch, el retribucionismo clásico (desde la Ley del talión hasta Hegel y Kant) ha “muerto”, ya que es impracticable en un Estado de Derecho como el nuestro. Ello se debe a que el delito y la pena se configuran como la secuencia irracional y cruel de dos males, por lo que debe recurrirse a su utilidad preventiva para encontrar alguna bondad en ella. Además, estaba indisolublemente vinculada a una visión trascendente de la existencia humana, hoy superada en nuestra sociedad. Sin embargo, cabe destacar como uno de sus mayores aciertos la formación del concepto jurídico de pena (distinto del vengativo, como sufrimiento), como confirmación de la vigencia de la norma vulnerada ante el infractor y la sociedad, concepto indispensable para la fundamentación del neo-retribucionismo.

El neo-retribucionismo surgió hacia la década de 1970, como respuesta a una crecientemente desacreditada fundamentación de la pena en la prevención, tanto la general como la especial, por su ineficacia, sus problemas de implementación, sus excesos punitivos y su dudosa fundamentación legitimadora. La teoría de la prevención general centra la legitimación de la pena en su utilidad para prevenir y evitar los delitos, de modo que al imponer la pena no se hace en atención al hecho cometido y a su autor, sino en atención a los efectos que causará en terceras personas, los miembros de la sociedad. Se instrumentaliza el delito y el delincuente para lograr un fin externo. El problema de la prevención es, pues, que es incapaz de ofrecer una justificación ontológica, por sí misma, de la pena.

De las diversas teorías neo-retribucionistas expuestas se puede extraer un denominador común, un conjunto de virtudes y ventajas que justifican y posibilitarían su adopción como teoría oficial de la pena en un Estado de Derecho.

En primer lugar, ofrecen una justificación de la pena basada en su fundamento: el castigo merecido, la justicia, como ya defendía la teoría de la retribución desde sus orígenes. Pero la nueva concepción de delito lo ha dotado de un significado jurídico-social: cuestionamiento de la vigencia del Derecho, se atenta contra la sociedad misma; este mal causado por el delito es reparable por la pena, pues el castigo comporta la confirmación de la vigencia de la norma vulnerada, la protección de la autoridad del Derecho. La pena no es más que la consecuencia

jurídica predeterminada y previsible que garantiza la autoridad del Derecho, la “contradicción normativa del hecho delictivo”.

En segundo lugar, la retribución deja de entenderse únicamente como la irrogación de sufrimiento, del castigo como medio protector de la sociedad, para adquirir un sentido de reproche ético-social del Estado al ciudadano que ha delinquido, función genuina del Derecho penal.

En tercer lugar, la mirada retrospectiva: al delincuente y al injusto cometido. De este modo, la determinación e imposición de la pena se realiza “por” el hecho ilícito y “para” el delincuente: la pena se justifica por su correspondencia al hecho delictivo. De ello se deriva el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, como mandato de justicia. Ello significa que la pena se fijará en atención al delito, por lo que se cumple con la garantía de seguridad jurídica: de predeterminación y limitación de la pena. La retribución no es “ciega”, se caracteriza por dos valores: la necesidad y la adecuación de la pena en atención a si se ha realizado un cuestionamiento de la vigencia de la norma y si este es grave. Estos valores se concretan en parámetros jurídico-rationales para la determinación de la pena merecida. En relación con esto, la mirada al pasado también fundamenta el principio de culpabilidad, esto es, solo puede castigarse a quien haya “cometido” un delito, siempre y cuando ese delito haya supuesto un cuestionamiento de la vigencia de la norma, lo que implica una voluntad como presupuesto de la respuesta de reproche del Derecho penal, por tanto no habrá dicho cuestionamiento cuando no se tenga conciencia de que la acción realizada constituye tal cuestionamiento. Podremos afirmar que existe un daño material, pero no un daño moral cuya persecución es la función del Derecho penal en la teoría de la retribución.

Sin embargo, esta mirada al pasado si bien justifica la pena en sí, es insuficiente para legitimar en la práctica el acogimiento del retribucionismo. Varios autores ponen de relevancia la necesidad complementarla con una mirada al futuro, a la utilidad de la pena para prevenir el delito. Por ello, una de las mayores virtudes del neo-retribucionismo ha sido destacar la función comunicativa de la pena. La retribución es lo esencial en la pena, pero es compatible con la noción de esta como comunicación (Duff, Frisch). De modo que la distribución de la responsabilidad penal y de la pena debe orientarse a la reducción del delito futuro. Lo cierto es que prevención se consigue de todos modos, es un efecto indirecto de la pena, pero no puede entronizarse como fin del derecho penal, pues el deber primario de este es el reproche, la reprensión.

Relacionada con la idea de la culpabilidad, está la concepción neo-retribucionista del delincuente como ciudadano, reconociendo su dignidad y autonomía como persona.

También es destacable la opinión de algunos autores que la imposición de la pena debe atender a la satisfacción de los intereses de las víctimas (Hörnle, Pawlik) o reflejar las intuiciones de justicia compartidas por la comunidad (Robinson). Estas consideraciones reforzarían la confianza de la sociedad en la credibilidad moral del sistema penal y son más efectivas para controlar el delito, a través de la influencia social y normativa. Estas versiones retribucionistas, basan su justificación en la voluntad de la sociedad (principio democrático), el mandato de igualdad (principio de reciprocidad) o la idea del contrato social.

Un punto criticable es la concepción, por algunos autores, del delito como infracción de un deber del ciudadano responsable y cívico, y de la pena, como la compensación o restauración del estado jurídico vulnerado, razonamiento compartido con la justicia restaurativa (criticada por los estadounidenses). Esto les lleva a afirmar que la pena es un “bien”, aunque solo lo constituye para la sociedad. Especialmente, Feijoo reprocha que la pena no es un precio por no contribuir al interés común, sino un pago, un castigo, por una lesión.

Bibliografía

- DUFF, R. Antony. «Punishment, Communication, and Community». TONRY, Michael; MORRIS, Norval (eds.). *Studies in crime and public policy*. New York. Oxford University Press, 2001.

- DUFF, R. Antony; GREEN, Stuart P. *Philosophical foundations of criminal law, two kinds of retributivism*. Oxford – New York. Oxford University Press, 2011.

- DUFF, R. Antony. «Responsibility, Restoration, and Retribution». TONRY, Michael (ed.). *Retributivism Has a Past: Has It a Future?* Págs. 63-85. Oxford – New York. Oxford University Press, 2011.

- DUFF, R. Antony. «Retrieving Retributivism». WHITE, Mark D. (ed.). *Retributivism: Essays on Theory and Policy*. Págs. 3-24. Oxford – New York. Oxford University Press, 2011.

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; CANCIO MELIÁ, Manuel (eds.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: Seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Madrid. Civitas Ediciones, 2008.

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*. Montevideo – Buenos Aires. Editorial B de F, 2014.

- FRISCH, Wolfgang. *Pena, delito y sistema del delito en transformación* [en línea]. Barcelona. InDret Penal 3/2014. <<http://www.indret.com/pdf/1065.pdf>> [Consulta: abril-mayo 2015].

- HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. Tübingen. Mohr Siebeck, 2011.

- JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid. Civitas Ediciones, 2006.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid. 2ª edición. Tirant lo Blanch, 2012.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona. 9ª edición. Reppertor, 2011.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general*. Madrid. 8ª edición. Tirant lo Blanch, 2010.

- PAWLIK, Michael. *¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena*. Barcelona. InDret Penal 4/2011. <http://www.indret.com/pdf/849_1.pdf> [Consulta: abril-mayo 2015].

- ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Barcelona. Marcial Pons, 2012.

- ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española). *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona. Atelier, 2012.

- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Madrid. Civitas Ediciones, 1997.

- SCHÜNEMANN, Bernd. «Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva».
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona. Editorial Bosch, 1997.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ª edición (ampliada y actualizada). Montevideo – Buenos Aires. Editorial B de F, 2010.