

Sobre la imposición de la pena como retribución *

Alfredo Alpaca Pérez

Profesor de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú

ALPACA PÉREZ, ALFREDO. Sobre la imposición de la pena como retribución. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-21, pp. 1-43.

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-21.pdf>

RESUMEN: Después de una revisión de las teorías relativas existentes (prevención general negativa, prevención general positiva y prevención especial positiva) y de la distinción entre la conminación de la pena y la imposición de la pena como distintas dimensiones de la pena, se propone una teoría de la retribución como fundamento de la imposición de la pena. De esta manera, una teoría retributiva sostenida sobre la base de una ética consecuencialista conduciría a una reformulación de la idea de «prevención»: esta dejaría de ser asociada con la «evitación de delitos», y se entendería ahora como «el reflejo de lo que la sociedad considera como justo». Este procedimiento permite, en última instancia, que la imposición de la pena se justifique tanto frente al individuo como frente a la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Prevención, retribución, prevención general, prevención especial, conminación de la pena, imposición de la pena, teoría de la pena, teoría de la norma.

TITLE: **On Imposition of Punishment as Retribution**

ABSTRACT: After a review of the existing relative theories (negative general deterrence, positive general deterrence and positive special deterrence) and of the distinction between the commination of punishment and the imposition of punishment as different dimensions of punishment, a theory of retribution as ground of the imposition of punishment is proposed. In this way, a theory of retribution based on a consequentialist ethic would lead to a reformulation of the idea of «prevention»: it would no longer be associated with the «avoidance of crimes» but would now be understood as «the reflection of what society considers to be just or fair». This procedure ultimately allows the imposition of punishment to be justified both to the individual and to society.

KEYWORDS: Prevention, retribution, general deterrence, special deterrence, commination of punishment, imposition of punishment, theory of punishment, theory of norm.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2020

Fecha de publicación en RECPC: 22 diciembre 2020

Contacto: alfredo.alpaca@hotmail.com

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. Prevención general negativa. 3. Prevención general positiva. 4. Prevención especial positiva. 5. Lineamientos para una teoría retributiva de la imposición de la pena. 5.1. Bases kantianas de la distinción entre imposición de la pena, medición de la pena y ejecución de la pena. 5.2. Una teoría de la retribución como propuesta de solución a los problemas de las teorías preventivas. 5.3. Teoría de la pena como teoría de la imposición de la pena. 5.4. Una teoría de la retribución sostenida en una ética consecuencialista. 5.5. Legitimación de la imposición de la pena frente al individuo y frente a la sociedad. 5.6. Reformulación de la idea de «prevención» desde la perspectiva de una teoría de la retribución. 5.7. Merecimiento y necesidad en la imposición de la pena como retribución. 5.8. Dos consecuencias normológicas de la teoría de la retribución propuesta. 5.9. Distanciamiento de la prevención general positiva. 6. Conclusiones. Bibliografía.

* Este artículo se incardina en el Proyecto de Investigación DER2016-76715-R, denominado «Principios y garantías penales: sectores de riesgo», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo.

1. Consideraciones preliminares

La cuestión referida a la pena no solo ha sido objeto de atención en la ciencia del Derecho penal, sino que también se ha convertido, para la filosofía del Derecho, en una «piedra de toque»¹. El que la justificación de la pena sea un asunto nuclear en la discusión científica a lo largo de varias generaciones revela una irrenunciable y permanente pretensión de legitimación, expresada en el ofrecimiento de las mejores razones para justificar la existencia de la reacción más violenta que el Estado puede emplear frente al ciudadano, como si de tal actividad argumentativa dependiera decisivamente el prestigio de la propia ocupación intelectual en cuyo marco se forjan aquellas razones². Parece ser que aquel «conflicto trágico» entre el poder del Derecho y el ímpetu de la violencia, destacado hace tiempo por Binding³, vuelve irremediablemente a la vida cada vez que se aborda la discusión sobre la legitimación de la pena, refugiándose de forma disimulada en la base de los argumentos de cada planteamiento existente para luego salir a la superficie y dejar en evidencia la orientación de tales argumentos a uno u otro lado del conflicto, volviéndolos así objeto de elogio o crítica, respectivamente.

Ante la verificación de que el discurso dominante en la ciencia jurídico-penal contemporánea justifica la pena estatal mediante la prevención, parece ser que la proposición de una orientación distinta supondría un desvarío que solo hallaría explicación en el desconocimiento, por parte de quien siga ese cauce divergente, de la propia comprensión del Estado y del sometimiento de su poder punitivo a las finalidades sociales que aquel ha de cumplir. Si esa orientación distinta es, además, una que de manera expresa

¹ Al respecto, Altenhein, *GS-Keller*, 2003, 1. También, Hoerster, *Strafe*, 2012, 21, señala que «la pregunta decisiva que debe encontrarse en el centro de toda filosofía de la pena» es aquella que dice «¿Por qué puede o debe haber en realidad algo semejante al mal de la pena, especialmente, el de la pena criminal?».

² Altenhein, *GS-Keller*, 2003, 1, quien señala que todo «proyecto de ordenamiento jurídico» debe «dar una respuesta a la pregunta de dónde tiene el Estado el derecho a esa intervención en los derechos de sus ciudadanos y en qué condiciones y con qué finalidad puede él ejercer ese derecho».

³ Binding, ZPO 4 (1877), 418.

abrazo el pensamiento retributivo, la amonestación es, incluso, más intensa⁴. Esto es así pues una teoría retributiva estaría desvinculada de toda finalidad «secular» (se señala generalmente que la finalidad de esa teoría consiste en la «realización de la justicia»⁵) y, en ese sentido, sería ya inidónea para legitimar la pena en un Estado de Derecho⁶. Si se asume el modelo del Estado social (que debe atender a los ciudadanos), entonces ha de mantenerse también ese modelo como parámetro para entender y explicar el sentido y la finalidad de la reacción más violenta a su disposición. La pena, por tanto, no podría legitimarse en un «mandato de justicia»⁷, sino que tendría que atender a consideraciones sociales, esto es, de índole preventivo (evitación de la comisión de futuros delitos), para poder ser legítima⁸. El sentido y la finalidad de la pena, por tanto, solo podría localizarse, en un Estado secular, no en el ámbito de lo trascendental, sino en el ámbito de la utilidad social⁹. Parece ser, entonces, que la célebre y tan influyente «despedida a Kant y Hegel», propuesta en el marco de la reforma del Código Penal alemán en los años sesenta¹⁰, habría sepultado por completo cualquier posibilidad de justificar la pena desde una perspectiva retributiva¹¹. Aquella «despedida», pese a sostenerse, en realidad, sobre bases poco sólidas¹², sería, sin embargo, suficientemente convincente como para generar, hasta hoy, un escepticismo con respecto al carácter retributivo de la pena: se ha caracterizado al retribucionismo como una orientación con contenido religioso¹³, metafísico¹⁴, asociado a la venganza¹⁵ o, incluso, como un programa inhumano¹⁶, ligado a planteamientos punitivistas o de Derecho penal autoritario¹⁷.

⁴ Roxin, en: Schöch (Ed.), *Wiedergutmachung*, 1987, 47, donde señaló que una teoría absoluta «no se defiende más» y que esa «tampoco podría ser defendida ya en un estado moderno, en el que la pena es un instrumento político-social». Recientemente, ha señalado que «las teorías absolutas resultan inasumibles», Rodríguez Horcajo, *LH-Jorge Barreiro*, 2019, 291.

⁵ Por todos, Roxin, en: Roxin, *Problemas básicos*, 1976, 12.

⁶ Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/8, consideran que el Estado «no es capaz ni está autorizado» a realizar «la idea metafísica de justicia». Por el contrario, «la voluntad del ciudadano le obliga al aseguramiento de la vida común en paz y libertad», por lo que el Estado está limitado a esta «tarea de protección».

⁷ Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/2.

⁸ Hörnle, en: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, 30, quien señala que «La renuncia a funciones y finalidades es simplemente indefendible en un Estado constitucional contemporáneo».

⁹ Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.ª ed., 2017, previo a § 1/105.

¹⁰ Klug, en: Baumann (Comp.), *Strafgesetzbuch*, 1968, 36 ss.

¹¹ Se refiere a la retribución como una «teoría muerta», Frisch, InDret 3/2014, 8; GA 2019, 186.

¹² Al respecto, con más referencias, Martins, ZIS 10/2014, 514.

¹³ Por todos, Jescheck/Weigend, DP. PG., 2002, 76; Mir Puig, DP. PG., 10.ª ed., 2016, § 3/13.

¹⁴ Con más referencias, Roxin, en: Roxin, *Iniciación*, 1981, 137 ss.

¹⁵ Al respecto, Frisch, InDret 3/2014, 8; García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 1 ss.

¹⁶ Así, Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.ª ed., 2017, previo a § 1/270, quienes, tomando como referencia los planteamientos de Kant y Hegel, sostienen que la teoría absoluta de la pena se presenta como «ingenua» y «sin respeto por la dignidad humana».

¹⁷ Walter, *LH-Schroeder*, 2018, 97 s., señala que los adversarios de la teoría de la retribución incurren en cuatro errores. Primero, la presunción de que la retribución «como fin de la pena es dura e inhumana». Segundo, la creencia de que «la retribución es la única sensata y exitosa reacción frente a los hechos delictivos» (por lo que, al parecer, el Estado no estaría obligado a encontrar otras respuestas frente a los hechos delictivos; cuestión que, naturalmente, tiene que ser negada). Tercero, la consideración de que una teoría retributiva «exige siempre sin concesiones una retribución en todos sus extremos». Cuarto, la idea de que «la retribución como fin de la pena solo puede fundamentarse metafísicamente y no tiene un uso debido para la sociedad».

La mala reputación que ha adquirido la retribución como construcción teórica para la legitimación de la pena estatal ha conducido, entonces, a que la ciencia jurídico-penal conceda a los planteamientos preventivos un mayor protagonismo, ya que solo estos, por su propia naturaleza, podrían explicar el sentido y la finalidad de la pena en el ámbito de lo social. En este marco, sin embargo, la literatura penal contemporánea exhibe un estado de cosas peculiar: se destaca la mayor importancia de concepciones mixtas o pluralistas, esto es, de planteamientos favorables a la combinación de aspectos preventivos y retributivos, los que han ganado terreno frente a concepciones solamente monistas¹⁸. Se señala, en ese sentido, que la teoría de la pena no podría sostenerse sobre un pensamiento único, pues, si así fuera, el planteamiento correspondiente no podría ser desarrollado de manera convincente¹⁹. Esto no solamente demuestra que la arraigada distinción entre teorías absolutas y relativas²⁰ no es más que una ilusión²¹ (y, por lo tanto, esa distinción tendría que ser desterrada de la discusión sobre la legitimación de la pena estatal²²), sino también que la dimensión retributiva (encarnada en el elemento del merecimiento), pese a la mencionada «despedida a Kant y Hegel», nunca ha desaparecido por completo de la polémica sobre la manera más convincente y razonada de justificar la reacción estatal más violenta e intensa²³.

Las concepciones mixtas o pluralistas, si bien proponen la congregación de la prevención y la retribución (se sostiene que ambas orientaciones no son, en definitiva, «irreconciliables»²⁴), parecen concederle una mayor importancia a la primera. Así, se ha señalado que la imposición de la pena se justifica desde una perspectiva preventiva, por lo que la retribución desempeñaría solo una función *delimitadora*. Por tanto, conforme a los planteamientos mixtos o pluralistas, sería posible decir que mientras la prevención desempeña una «función positiva», la retribución realiza una

¹⁸ De hecho, es ampliamente aceptada una «teoría de la unión», en la que la finalidad de la pena estatal se sostiene en la prevención general, la compensación de la culpabilidad (*Schuldausgleich*) y la prevención especial. Al respecto, por todos, Dölling, ZStW 102 (1990), 2.

¹⁹ Al respecto, últimamente, Hörnle, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 64.

²⁰ Sobre la distinción, ya Binding, ZPÖ 4 (1877), 420.

²¹ Ya Merkel, DP. PG., 1907, 270, denunciaba que «Tan desacertado como sería preguntar si el deudor se halla obligado a hacer una prestación por haber contraído una deuda o para que el acreedor reciba lo que le es debido, de la misma, exactamente de la misma manera, es ocioso preguntar si el Estado castiga porque la ley ha sido violada (quia peccatum est) o para que en lo sucesivo se la respete y obedezca (ne peccetur)».

²² Roxin, GA 2015, 186, sostiene que esta «lucha de escuelas» se encuentra «superada». Hörnle, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 61, señala que la distinción entre «teorías absolutas» y «teorías relativas» ha de ser reemplazada por la distinción entre «teorías preventivas» y «teorías expresivas» (en las que están todos los planteamientos no orientados a la prevención). También, Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.^a ed., 2017, previo a § 1/102, quienes señalan que las teorías absolutas y las relativas ofrecen «distintas respuestas a distintas preguntas».

²³ Pawlik, *Person*, 2004, 45 ss. Se habla incluso de un «renacimiento» de la teoría absoluta de la pena. Al respecto, Schönemann, *FS-Lüderssen*, 2002, 327; Greco, en: Greco/Martins (Coords.), *EH-Juarez Tavares*, 2012, 264 ss.

²⁴ Jescheck/Weigend, DP. PG., 2002, 74.

«función negativa»²⁵. Esta es la concepción mayoritaria, que reconoce que la imposición de la pena se justifica a partir de sus consecuencias preventivas favorables, siempre que estas respeten la exigencia de la culpabilidad como límite. En algunas versiones de la prevención general positiva, así como en las denominadas «teorías de la unión», es posible reconocer la concurrencia del elemento retributivo del merecimiento, aunque solo como elemento limitador: se alude a la culpabilidad como «límite de la prevención»²⁶.

En esta contribución se sigue una perspectiva distinta: considero que la imposición de la pena se justifica desde una perspectiva retributiva, pero que ella debe atender también a una consideración preventiva. Este planteamiento puede entenderse si se admite que una teoría retributiva puede sostenerse no necesariamente sobre una ética deontológica, sino sobre una ética consecuencialista²⁷. Con la formulación de esa propuesta se cuestiona la equiparación directa entre las teorías absolutas y las teorías preventivas con los planteamientos, propios de la ética normativa, deontológicos y consecuencialistas, respectivamente. La consideración de que una pena retributiva puede sostenerse sobre una ética consecuencialista (no utilitarista) está condicionada, en mi opinión, a una indispensable reformulación de la idea de «prevención», tradicionalmente entendida como satisfacción de necesidades de seguridad de la sociedad, esto es, de evitación de delitos²⁸. El desarrollo de este planteamiento exige seguir la siguiente estructura: se ofrecerán las razones por las que no es posible admitir la teoría de la prevención general negativa (*infra* 2), la teoría de la prevención general positiva (*infra* 3), ni la teoría de la prevención especial positiva (*infra* 4). El motivo por el que se analizan aquí cada una de estas teorías tiene que ver con el hecho de que, hasta el día de hoy, constituyen planteamientos fundamentales que, por sí mismos o combinadas entre ellos, determinan la discusión²⁹. Finalmente, intentaré fundamentar la posición que aquí se defiende: una teoría retributiva sostenida sobre una ética consecuencialista como teoría de la justificación de (la imposición de) la pena estatal (*infra* 5).

²⁵ Es escéptico con respecto a la capacidad del planteamiento retributivo para limitar, pero no para fundamentar, Rodríguez Horcajo, *LH-Jorge Barreiro*, 2019, 292, quien además considera que el planteamiento mayoritario (en el que se congregan la prevención y la retribución) esconde un «razonamiento en parte zigzagueante».

²⁶ Al respecto, Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/51 ss., 59 ss. La mayoritaria teoría de la prevención general positiva, en la medida que es una teoría que, en esencia, se concentra en la imposición de la pena, puede ser entendida como un planteamiento que admite una dimensión preventiva y retributiva, aunque esta última solo desde una perspectiva limitadora y no fundamentadora. Por todos, Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.^a ed., 2017, previo a § 1/107.

²⁷ En esa dirección, Mañalich, EP 108 (2007), 117 ss.; InDret 2/2015, 1 ss.

²⁸ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 183, señala que un «puro Derecho penal de la prevención» posee estas características: «(1) No pregunta por la culpabilidad del autor, sino por su (posible) peligrosidad futura; (2) No exige la compensación de la culpabilidad, sino, en primera línea, el cumplimiento de las necesidades de seguridad de la sociedad; (3) Mide la sanción conforme a la finalidad de prevención, es decir, a la (posible) peligrosidad del autor. El Derecho penal de la prevención disuelve, por tanto, la proporcionalidad entre culpabilidad por el hecho y sanción penal».

²⁹ Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/1.

2. Prevención general negativa

La teoría de la prevención general negativa constituye un planteamiento ampliamente difundido en el marco de la legitimación de la pena estatal³⁰. La denominación «prevención general negativa» es, al parecer, el nombre «amable» que se le ha conferido en la ciencia jurídico-penal a la intimidación³¹. Precisamente, la teoría de la prevención general negativa (o «prevención intimidatoria»³²) propone que la pena intimida, esto es, que constituye una razón para no cometer delitos (los hechos amenazados con pena). Entendida así a la pena, se afirma que los ciudadanos se abstendrán de cometer delitos por temor al castigo. La idea de que la pena intimida, sin embargo, pese a su inicial capacidad persuasiva³³, es un asunto que en última instancia se presenta como no comprobable³⁴. Más problemática me parece, en todo caso, la indecisión con respecto al establecimiento de la dimensión de la pena que tiene ese efecto «legitimador»: la conminación penal o la imposición de la pena³⁵. Sin perjuicio de volver sobre esta distinción más adelante, señalo aquí que las ideas que siguen suponen que la intimidación se concentra en la conminación penal.

Si la conminación penal intimida, el «potencial autor» tendrá un motivo para no

³⁰ La primera referencia de la teoría de la prevención general negativa fue la «teoría de la coacción psicológica», formulada por Feuerbach, *Revision*, t. I, 1.ª ed., 1799, 74 ss. Esta teoría fue la opinión dominante hasta el final del período de formación de la ciencia del Derecho penal sostenida en la Ilustración, esto es, hasta los años treinta del siglo XIX. Feuerbach entendía que, en la medida que la coacción no podía ser física, entonces el Estado tendría que recurrir a un tipo de coacción que permitiera evitar la realización del delito por parte del delincuente. Por tanto, el mencionado autor reconoció que «una coacción como tal solo puede ser psicológica». Sobre esta teoría, con múltiples referencias sobre su influencia, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/24, n. 78.

³¹ Al respecto, por todos, Schmidhäuser, *Sinn*, 2.ª ed., 1971, 53 ss.; Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.ª ed., 2017, previo a § 1/281.

³² Baumann, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, 4.

³³ Al respecto, Rössner, *FS-Maiwald*, 2010, 701 ss. (alude a la plausibilidad y confirmación parcialmente empírica de los efectos de la prevención intimidatoria). Sobre la prevención general negativa, ya había señalado Schmidhäuser, *Sinn*, 2.ª ed., 1971, 53, que ella constituye un planteamiento que a primera vista es «obvio», pero que, ha sido «en gran medida rechazado». Sostiene que la teoría de la prevención general negativa tiene un efecto intimidatorio «seguro» o «no desacertado», Hoerster, *Strafe*, 2012, 52 ss. También, Müller-Tuckfeld, *Integrationsprävention*, 1998, 110 s.

³⁴ Por todos, Frisch, InDret 3/2014, 17. Los problemas de eficacia no son desconocidos por lo defensores de esta orientación. Por todos, Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 96, quien afirma que «es en buena medida cierto» que «la eficacia intimidatoria no es demostrable empíricamente». En la medida que esta teoría (como toda teoría preventiva de la pena) se sostiene, en realidad, únicamente en el nivel de lo plausible, ha de ser rechazada. Al respecto, Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 53. Por su parte, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/30, señalan que «(...) a la objeción de que cada delito demuestra la ineficacia de la prevención general, siempre se le puede contrarrestar de que su efectividad se puede demostrar en el hecho de que, pese a toda la criminalidad, la mayoría de la población se comporta conforme al Derecho. En qué medida esto se debe a los aspectos negativo y positivo de la prevención general aún no está claro empíricamente y también es difícil de probar; pero precisamente por esto, la hipótesis de que la práctica estatal del castigo desempeña un papel esencial en esto es difícilmente refutable».

³⁵ La conminación penal constituyó el «núcleo» en el planteamiento de Feuerbach. Si la conminación penal desplegaba un efecto intimidatorio, entonces la imposición penal, desde su punto de vista, se concentraba en confirmar la seriedad de esa amenaza. Manifiestan también ambas dimensiones de la teoría propuesta por Feuerbach, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/23, quienes agregan que esta teoría es «primariamente» una «teoría de la conminación penal», pero que, «en sus consecuencias, es necesariamente también una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena».

realizar el hecho delictivo asociado legalmente a esa amenaza de pena. Este escenario, en todo caso, genera dos inquietudes que, creo, no deben pasarse por alto. La primera, es que, si se parte del mencionado escenario, entonces la conminación penal no provocará ningún efecto disuasivo cuando el «potencial autor» haya conferido una importancia mayor a los motivos para la realización del delito. En esto tiene mucho que ver, incluso, la posibilidad de que el «potencial autor» sea descubierto³⁶. La segunda inquietud se refiere al hecho de que la conminación penal solo provocará un efecto disuasivo en el caso de los delitos en los que el autor ha reflexionado y calculado su realización³⁷.

La primera inquietud permite el cuestionamiento acerca de si realmente es la amenaza de pena la que desempeña un efecto disuasorio o si realmente es la eficacia de la administración de justicia penal la que genera que el platillo de la balanza en el que se ponen los motivos por los que no cometer el delito tenga un mayor peso que aquel en el que se sitúan los motivos para la realización de tal hecho punible³⁸. Si tal cuestionamiento se da por bueno, habría que admitir que la «amenaza de pena» constituye solo una abreviatura de algo que parecería tener una magnitud superior: el sistema de administración de justicia penal en su integridad³⁹. Entonces, si los motivos para cometer un delito pesan más que la conminación penal, dentro de esos motivos debería estar uno referido a la eficacia o no de la administración de justicia penal, esto es, dicho de manera más simple, a si el individuo contempla la posibilidad de ser descubierto o no. El problema, de carácter empírico, es que la teoría de la prevención general negativa no atiende al hecho de que los individuos, para actuar, cuentan con no ser descubiertos⁴⁰. Si la teoría de la prevención general negativa atiende solo a la conminación penal, y no a toda la administración de justicia penal, entonces esa teoría, para buscar los efectos deseados, debe ser necesariamente sobredimensionada. El resultado consistiría, entonces, en una maximización del efecto

³⁶ Jakobs, AT, 2.^a ed., 1991, § 1/28 (=DP. PG., 1997, § 1/28); Walter, *LH-Schroeder*, 2018, 104. Antes Roxin, en: Roxin, *Problemas actuales*, 1976, 18, señaló que la amenaza de pena podía no influir en los casos de delinquentes profesionales o de delinquentes impulsivos ocasionales.

³⁷ Al respecto, por todos, Dölling, *ZStW* 102 (1990), 5 ss.; Hörmle, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 26 s.; Walter, *LH-Schroeder*, 2018, 104.

³⁸ Roxin, GA 2015, 190, más que a la amenaza de pena, alude al efecto intimidatorio del «sistema de justicia penal» frente a la colectividad.

³⁹ Parece señalarlo así Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 96, cuando entiende que el aumento de delincuencia en situaciones catastróficas o de emergencia es un indicio de la eficacia intimidatoria que propone la teoría de la prevención general negativa. Y explica esto en el hecho de que en aquellas circunstancias no se produce una «debida persecución de delitos», lo que explicaría, en su opinión, ese aumento de la criminalidad. En mi opinión, considero que es cierto que la ausencia de un sistema eficaz de persecución de delitos puede generar una sensación general de impunidad y un consecuente aumento de la delincuencia. Pero esto, creo, poco tiene que ver con la pena (como amenaza o como imposición) y su legitimación. También, Jescheck/Weigend, DP. PG., 2002, 74, señalan: «(...) de ningún modo puede hablarse, tal y como los críticos afirman, de que todo delito cometido contradice el efecto preventivo-general del Derecho penal, pues sin duda serían perpetrados muchos más delitos si en el ámbito penal no existiera ninguna Administración de justicia».

⁴⁰ Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.^a ed., 2017, previo a § 1/283.

preventivo (mediante el incremento de la amenaza de pena), en relación con los recursos limitados a disposición para la persecución penal⁴¹. Como puede preverse, esto no resulta sostenible.

La segunda inquietud evoca a un asunto ya reconocido en la literatura jurídico-penal: el referido al modelo de hombre subyacente a la teoría de la prevención general negativa. Este planteamiento entiende al sujeto como un «*Homo Oeconomicus*», esto es, como un individuo que actúa conforme a cálculos de utilidad⁴². De esta manera, la eficacia de la prevención que propone la teoría de la prevención general negativa dependería de que la amenaza de pena aparezca frente al «potencial autor» como una razón con un «mayor peso» que las ventajas que se pudieran obtener de la realización del hecho⁴³. Si eso es así, el individuo, conforme a un cálculo de utilidades, tendría que evitar la realización del hecho asociado al castigo penal. Pero no necesariamente es de esta manera: el «potencial autor» puede conferirle de un «mayor peso» al delito al considerar que puede obtener una mayor utilidad que si no lo cometiera⁴⁴. En todo caso, el modelo de hombre promovido por la teoría de la prevención general negativa no resulta correcto ni aconsejable. No es correcto pues los individuos no viven ni actúan en absoluto como esa imagen ideal de hombre que, con sangre fría, calcula impávidamente los costos y los beneficios de su obrar⁴⁵. Tampoco es aconsejable, pues entender que es la amenaza de pena el factor que en primera línea tiene en cuenta el individuo para configurar su actuar u omitir supondría desconocer la realidad valorativa de las personas. No necesariamente una persona omite la realización de un hecho punible debido al temor a la amenaza de pena o, por lo menos, no exclusivamente por eso⁴⁶. De cualquier manera, no parece aconsejable distanciarse de una idea ampliamente difundida (y que no sería suficientemente tomada en cuenta por la teoría de la prevención general negativa): que a los ciudadanos no se les exige el conocimiento del Derecho⁴⁷. Estos, en realidad, tienen

⁴¹ La bibliografía sobre este asunto es inabarcable. Por todos, recientemente, Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/25, señalan que no es el aumento de la amenaza penal, sino más bien una intensificación de la persecución penal (por ejemplo, mediante el fortalecimiento y la mejor instrucción de la policía), aquello que puede tener efectos preventivo-generales.

⁴² Por todos, Baurmann, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, 4; Pawlik, *Person*, 2004, 22; *Unrecht*, 2012, 66 ss. También, Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 48, que señala que el *Homo Oeconomicus* «es un modelo de la economía jurídica, que investiga y describe la conducta del hombre –por ejemplo, en el contexto de los efectos de las sanciones penales– en el marco de un análisis económico». Sobre el «*Homo Oeconomicus*», con múltiples referencias, Wittig, *Der rationale Verbrecher*, 1993, 51 ss.

⁴³ Con múltiples referencias sobre la comprensión de la pena desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/25a, n. 88.

⁴⁴ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 47.

⁴⁵ Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.^a ed., 2017, previo a § 1/283.

⁴⁶ Hörnle, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 12, donde señala: «Naturalmente, sería poco plausible aceptar que la conducta humana es influida en primer lugar o de manera exclusiva por las leyes penales».

⁴⁷ Esta afirmación no supone desconocer no solo que el Estado posee la competencia de hacer conocer las leyes, sino también que al ciudadano prudente le incumbe informarse sobre los riesgos de su actuar y, principalmente, de las consecuencias (eventualmente punibles) de tales riesgos. Pero en la medida que se reconozcan grados de desconocimiento por parte del ciudadano (en esto radica la dogmática del error de prohibición),

una representación deformada del Derecho penal, actúan conforme a normas sociales que no necesariamente son coincidentes con las jurídico-penales y se motivan por una serie de factores que no tienen que ver forzosamente con las que se originan por la pena o por el Derecho penal⁴⁸.

Entonces, siendo lo más optimista posible, se podía especular con la eficacia de la amenaza de pena solo cuando concurren dos escenarios antes mencionados: que el «potencial autor» cuente con la posibilidad (aunque sea mínima) de ser descubierto, procesado y sancionado y que el hecho que realiza haya sido planificado (cometido y motivado con «sobriedad objetiva»⁴⁹). La concurrencia de ambos escenarios es, sin embargo, muy difícil⁵⁰. Piénsese, por ejemplo, en algún delito de homicidio o, en general, cualquier delito grave⁵¹. En ninguno de estos supuestos los escenarios antes mencionados concurren. En todo caso, ha de señalarse que, si es que en los delitos más graves (que acarrear las penas más graves), la amenaza de pena no parece ser suficiente para que el agente la convierta en el motivo con «más peso» en su actuar, por su propia dinámica, la conminación penal va a tener que ser necesariamente ampliada hasta que se considere, de alguna manera, que aquella está en capacidad de intimidar (con la premisa de que «mientras más rigurosa sea la amenaza, más efectos disuasorios ha de desplegar»). Parece quedar claro, entonces, que la prevención general negativa posee intrínsecamente una tendencia al «terror penal» en la dimensión de la conminación de la pena⁵². La teoría de la prevención general negativa (concretamente, la dimensión referida a la amenaza penal), entonces, al no cumplir lo que promete (pues raramente intimida y, peor aún, nunca lo hace en el caso de delitos graves), fracasa y, por tanto, «tiene que despedirse»⁵³.

Ahora bien, vale la pena aquí hacer referencia al hecho de que en ocasiones se mencione que es la imposición de la pena la que genera la intimidación que proclama la teoría de la prevención general negativa⁵⁴. Este planteamiento, que a veces se menciona, aunque sin profundizar en él, repercutiría, en última instancia, en una contraposición al principio de culpabilidad. Si con la imposición de una pena se pretende establecer efectos preventivos (intimidación a la colectividad para que los integrantes

entonces una afirmación absoluta como la que reza «el ciudadano debe conocer el Derecho» resulta insostenible.

⁴⁸ Sobre todos estos problemas empíricos de la prevención general negativa, con múltiples referencias, Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), NK, t. I, 5.ª ed., 2017, previo a § 1/283.

⁴⁹ Walter, *LH-Schroeder*, 2018, 104. Esto podría suceder, según Jakobs, AT, 2.ª ed., 1991, § 1/29 (=DP. PG., 1997, § 1/29), en el ámbito de los delitos económicos.

⁵⁰ Walter, *LH-Schroeder*, 2018, 104.

⁵¹ Así, ya Roxin, en: Roxin, *Problemas actuales*, 1976, 18, quien señala que «en los delitos graves, como delitos contra la vida o la moralidad, la fuerza intimidatoria de las amenazas penales (incluso de la pena de muerte, por ejemplo) es especialmente escasa».

⁵² Al respecto, por todos, Roxin, en: Roxin, *Problemas básicos*, 1976, 18.

⁵³ Walter, *LH-Schroeder*, 2018, 104.

⁵⁴ Por todos, Stratenwerth, *Fines de la pena*, 1996, 16, quien señala: «la prevención general en su variante apostrofada hoy como “negativa”, como la intimidación de los potenciales infractores de la ley, a producir mediante la amenaza e imposición de pena».

de esta se abstengan de cometer hechos punibles), se estaría a un paso de otorgar a esos efectos de una mayor primacía que a la culpabilidad del autor. De seguir este camino, la prevención general negativa, en su dimensión de la imposición de la pena, generaría una alteración en la lógica de esta dimensión: mientras el principio de culpabilidad se guía por el injusto del hecho y la culpabilidad del autor, la prevención general negativa se guiaría por «el cálculo de las probabilidades de intimidación»⁵⁵. En ese sentido, la finalidad de la imposición de la pena sería, entonces, la optimización de los efectos intimidatorios para la no comisión de futuros delitos. Como se ha dicho, la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la cuantía de la sanción, exigida por el principio de culpabilidad, quedaría en una situación de desventaja y hasta sería reemplazada por la urgencia de intimidar a otros, la que sería adoptada como base del cálculo de la pena⁵⁶.

A una pena impuesta se le pueden asignar todos los efectos sociopsicológicos que se quiera, pero nunca –por lo menos en un Estado de Derecho– podrá ir más allá de la culpabilidad del individuo. Y esta aseveración resulta difícil de conciliar con una teoría que, como ya se dijo, puede dar lugar repentinamente a un «terror penal». Esta intrínseca tendencia a la ampliación, entonces, puede reconocerse tanto en la dimensión de la conminación penal como en la de la imposición de la pena: ambas necesitarán de una pena (como amenaza o como imposición) lo más dura, rigurosa y aflictiva posible para así garantizar la contundencia de las consecuencias y así hacer posible una intimidación general⁵⁷. La mencionada finalidad preventiva que se atribuye a la imposición de la pena ha de convertirse irremediablemente en medida para la determinación de la pena y en definitiva para la configuración de la sanción penal⁵⁸. Queda claro, entonces, que la teoría de la prevención general negativa (como su antecesora, la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach) no solo no es apta para la legitimación de la conminación penal, sino que tampoco es idónea para la justificación de la imposición de la pena⁵⁹.

Un último y definitivo aspecto que debe conducir al rechazo de la teoría de la prevención general negativa en su dimensión de la imposición de la pena tiene que ver con el hecho de que, si al delincuente se le impone una pena para orientar, mediante la intimidación, las conductas de los demás miembros de la comunidad, entonces aquel individuo no sería más que un «objeto de demostración», pues este sería

⁵⁵ Hörnle, en: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, 14. Por su parte, Kindhäuser, GA 1989, 498-499, señala que se puede producir un desconocimiento de la relación interna entre la medida de la pena y el peso de la norma infringida.

⁵⁶ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 48, quien agrega al respecto que «(...) el cálculo de la sanción depende de cuán fuerte sea la necesidad de intimidación en ese hecho. Para esta reflexión no cuenta, por tanto, la culpabilidad del autor, sino, en última instancia, las ventajas que el hecho podría tener para otros potenciales autores y que hace probable un hecho comparable mediante otros autores».

⁵⁷ Roxin, GA 2015, 192, quien señala que, en la prevención general negativa, «la tendencia al exceso está enclavada en el enfoque teórico».

⁵⁸ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 47.

⁵⁹ Altenhein, en: *GS-Keller*, 2003, 5.

utilizado como medio, es decir, sería instrumentalizado y, por tanto, se vulneraría su dignidad humana⁶⁰. El individuo, por tanto, sería empleado (y, por tanto, sería solo un «medio») para alcanzar de manera óptima el interés general consistente en la prevención de delitos. Este planteamiento corresponde a un problema «normativo» que, habiendo sido formulado –aunque de manera concisa– por Kant⁶¹ y Hegel⁶², no ha podido ser resuelto hasta hoy⁶³. Se puede especular con que la imposición de una pena genere efectos intimidatorios al resto de la sociedad, provocando en última instancia que los miembros de esta no delinca. Pero, aun cuando se especule con esa eficacia y se asuma que es comprobable, no parece haber justificación para lograr ese efecto sociopsicológico mediante la «utilización» de una persona⁶⁴. El efecto intimidatorio, por tanto, no puede ser razón legitimadora de la pena, sino, como mucho, podría ser entendido como un efecto colateral⁶⁵.

Los defensores de la teoría de la prevención general negativa, sin embargo, señalarían seguramente que una pena que supere la culpabilidad se vería como una medida institucional arbitraria, que, en última instancia, no intimidaría a nadie (pues pierde eficacia intimidatoria) y desde un punto de vista preventivo sería inadmisibles. Por esto, solo una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto generaría el efecto preventivo general deseado⁶⁶. Este argumento de defensa (que supone, nuevamente, reconocer a la dimensión de la imposición de la pena como la instancia mediante la que se pretende generar la intimidación general), a mi modo de ver, no resulta admisible. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si se impone una pena leve pese a que la culpabilidad es mayor (y no refleja la cuantía de esa pena)? Si la pena a imponer debe ser acorde a la culpabilidad para tener efectos preventivos, entonces esa pena debería incrementarse, pues una pena leve no desempeñaría el efecto preventivo deseado⁶⁷. Esto pone en evidencia que el principio de culpabilidad tiene una dimensión doble: limita «por arriba» y «por abajo»⁶⁸. Asimismo, ya desde la perspectiva de la dimensión de la conminación de la pena, se señala, por ejemplo, que la

⁶⁰ Al respecto, ya Feuerbach, *Revision*, t. I, 1.ª ed., 1799, 48.

⁶¹ Kant, MdS AA 331.

⁶² Hegel, *Grundlinien*, 1821, §§ 97-99.

⁶³ Así, por todos, Neumann/Schroth, *Kriminalität*, 1980, 38 s.; Wolff, E. A., en: ZStW 97 (1985), 786; Köhler, M., *Strafe*, 1986, 69 ss.; Frisch, InDret 3/2014, 11; Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), *NK*, t. I, 5.ª ed., 2017, previo a § 1/282.

⁶⁴ Roxin, en: Roxin, *Problemas actuales*, 1976, 18, señala: «Aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal».

⁶⁵ Pawlik, *Unrecht*, 2012, 64.

⁶⁶ Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 96 s.

⁶⁷ Jakobs, AT, 2.ª ed., 1991, § 1/32 (=DP. PG., 1997, § 1/32), alude a los casos de daño social insignificante, pero de alto beneficio por el hecho y los de alto daño social y de provecho insignificante. Si se sigue la premisa de la pena intimidante que no puede superar la medida de la culpabilidad (pues de lo contrario sería considerada arbitraria y perdería eficacia intimidatoria), en esos casos se llegarían a consecuencias insostenibles: mientras en el primer caso sería arbitrario imponer una pena elevada, en el segundo la imposición de una pena (extremadamente) leve se vería como arbitraria.

⁶⁸ Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 53, 119 ss.

amenaza con penas igualmente graves a hechos de distinta gravedad generaría el efecto contrario al postulado por la teoría: que no habría mayor intimidación e inhibición frente a los hechos más graves. Esto, sin embargo, supone algo que todavía debe ser probado: que la intimidación mediante la amenaza de pena se puede realizar frente a hechos graves. Como se ha mencionado, esto no sucede y, por tanto, la teoría de la prevención general negativa fracasa⁶⁹.

3. Prevención general positiva

La prevención general positiva alude normalmente al mantenimiento y fortalecimiento de la confianza en la firmeza e imposición del ordenamiento jurídico⁷⁰. En ese sentido, a diferencia de la teoría de la prevención general negativa, que sostiene que la conminación de la pena o la imposición de la pena generan efectos intimidatorios a la colectividad, la teoría de la prevención general positiva parte de la idea de que los individuos son fieles al Derecho, esto es, que poseen una disposición a reconocer el carácter vinculante del ordenamiento jurídico y a actuar conforme a él⁷¹. De esta manera, si se produce el quebrantamiento de una norma, y no sucede nada, esa fidelidad al Derecho sería socavada. La pena, por tanto, se impondría para mantener la vigencia de la norma quebrantada mediante el delito y así mantener esa fidelidad al Derecho.

No solo la prevención general negativa, como se ha visto, resulta insuficiente como teoría de la pena. La teoría de la prevención general positiva, que en la actualidad posee una mayor importancia que aquella⁷², tampoco podría considerarse un planteamiento satisfactorio. Con respecto a esta teoría, habría que señalar, en primera instancia, que se trata de un «concepto ambiguo»⁷³, pues, en realidad, contempla muchas versiones⁷⁴, las que pueden fundamentarse, por ejemplo, en la teoría de los

⁶⁹ Pese a esto, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/25a, hacen referencia a un «renacimiento» de la teoría de la prevención general negativa. Destaca, por ejemplo, la propuesta de Greco, quien sostiene que la teoría de la prevención general negativa es una teoría que establece que la pena debe comunicarle al ciudadano las razones por las que es poco prudente (poco inteligente) cometer delitos. El carácter liberal del planteamiento radica en que esta teoría renuncia a una moralización del ciudadano (a diferencia de lo que en última instancia se puede predicar de la teoría de la prevención general positiva). Sobre este planteamiento, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 205 ss.

⁷⁰ Esta teoría es, al parecer, admitida por el BVerfG, que entiende al Derecho penal como «un elemento irrenunciable para la protección o aseguramiento del ordenamiento jurídico». Al respecto, con mayor detalle, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/26.

⁷¹ Hörnle, *Straftheorien*, 2.ª ed., 2017, 28.

⁷² Así, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/26. En todo caso, vale la pena señalar que esa «mayor importancia» se entiende si se observan solo los ámbitos jurídicos influidos decisivamente por la ciencia jurídico-penal alemana. El escenario es, de hecho, distinto en el ámbito anglosajón, donde la teoría de la prevención general positiva es casi desconocida. Al respecto, por todos, Dubber, ZStW 117 (2005), 485 ss.

⁷³ Hirsch, ZStW 102 (1990), 540.

⁷⁴ Por ejemplo, Baurmann, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, 6 ss., distingue entre una teoría de la prevención general positiva «en sentido amplio» (que equipara a la «prevención integradora») y una «en sentido estricto». También Pawlik, *Person*, 2004, 36 s., distingue una teoría de la prevención general positiva «en sentido amplio» y una «sentido estricto». Conforme al

sistemas⁷⁵, en la sociología⁷⁶ o en la psicología profunda⁷⁷. Más que una teoría de la prevención general positiva, por tanto, podría decirse que hay una serie de «teorías» de la prevención general positiva cuya característica común es no solo su orientación a la sociedad y no al individuo en concreto (de ahí su carácter «preventivo-general»), sino también su pretensión de evitar que se cometan delitos mediante estrategias distintas a la consistente en el temor al castigo (como propone la prevención general negativa) y que podrían resumirse en la idea de la convicción de los ciudadanos (por eso su condición de «positiva»)⁷⁸. Por tanto, la finalidad de la pena, conforme a las «teorías» de la prevención general positiva, depende necesariamente del punto de partida que se considere correcto. Así, es posible identificar diversos fines (que responden a denominaciones no necesariamente claras), como, por ejemplo, la estabilización de la norma, el ejercicio en el reconocimiento de la norma y la «prevención integradora»⁷⁹.

Otro aspecto que puede considerarse común a todas las formulaciones de la teoría prevención general positiva es el que tiene que ver con el concepto de norma. En efecto, esa teoría destaca que la confianza en la norma esperaría una correspondiente sanción a imponer frente a quien la haya quebrantado, por lo que, en el caso de que tal sanción no se produzca, la confianza en la norma se desestabilizaría. A diferencia de la teoría de la prevención general negativa (a la que, como se dijo, subyace una imagen de hombre correspondiente al «*Homo Oeconomicus*» y, por lo tanto, sostiene sus decisiones sobre cálculos de utilidad), la prevención general positiva no caracteriza la relación del ciudadano con el ordenamiento jurídico de manera instrumental⁸⁰, sino que entiende que los destinatarios de las normas jurídicas las asimilan en el marco de la motivación para actuar, por lo que, de esta manera, se comportan conforme a Derecho, siendo esta actuación realizada sobre la base de una «aprobación

planteamiento de este último, solo una teoría de la prevención general positiva «en sentido estricto» podría entenderse como un planteamiento genuinamente opuesto al de la teoría de la prevención general negativa, pues alude a un convencimiento normativo de los destinatarios.

⁷⁵ Defiende esta posición, como es ampliamente conocido, Jakobs, AT, 2.^a ed., 1991, § 1/10 (=DP. PG., 1997, § 1/10); *Pena estatal*, 2006, 129 ss.

⁷⁶ Desarrolla esta perspectiva, entre otros, Baumann, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, 12 ss.

⁷⁷ Este planteamiento es desarrollado principalmente por Haffke, *Tiefenpsychologie*, 1976, 82 ss., 162 ss.

⁷⁸ Feijóo Sánchez, *Pena*, 2014, 167, señala que esas estrategias, propias de la teoría de la prevención general positiva, son, entre otras, el reforzamiento o la estabilización de la conciencia jurídica o las convicciones valorativas de los ciudadanos, el ejercicio de la fidelidad al Derecho, etc.

⁷⁹ Más referencias en Kalous, *Generalprävention*, 2000, 11 ss.; Frisch, InDret 3/2014, 12. Sobre la limitación entre otros conceptos de prevención, Jakobs, AT, 2.^a ed., 1991, § 1/15 (=DP. PG., 1991, § 1/15). Roxin/Greco, AT, 5., 2020, § 3/27, distinguen «tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí»: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente, el «ejercicio de la confianza del Derecho», el efecto de confianza y el efecto de pacificación. En ese sentido, señalan que es este efecto de pacificación «que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor», la que es conocida con el término de «prevención integradora» («*Integrationsprävention*»).

⁸⁰ Pawlik, *Person*, 2004, 36.

moralmente sólida» y no sobre la base de un cálculo costo-beneficio⁸¹. La obtención y la confirmación de la disposición, en la que el cumplimiento de la norma jurídica es la guía de acción, es el núcleo de esta teoría de la pena⁸². De esto se extrae la idea de que la imagen de hombre que subyace a la teoría de la prevención general positiva es una en la que se manifiesta una cierta confianza en las actitudes de los destinatarios frente a la norma jurídica⁸³.

Un último aspecto que tienen en común las «teorías» de la prevención general positiva es el referido a la alegada compatibilización entre las finalidades sociales (confianza en el Derecho, vigencia de la norma, adhesión al ordenamiento jurídico) y el principio de culpabilidad: solo una pena impuesta que sea proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto permitiría la obtención de esas finalidades sociales⁸⁴. Se ha señalado, incluso, que es por esa compatibilización que la prevención general positiva ha tenido una amplia aceptación en la ciencia jurídico-penal en comparación con otras teorías de la pena⁸⁵. En efecto, se manifiesta que la finalidad de la prevención general positiva, esto es, el fortalecimiento de la conciencia jurídica general, solo se podría lograr mediante una pena que corresponda a la medida de la culpabilidad⁸⁶. Esta aseveración, sin embargo, carece de una confirmación empírica convincente⁸⁷.

Ahora bien, pese a que la prevención general positiva, como se dijo, no entiende la relación entre el individuo y la norma jurídica de manera instrumental (algo que sí sucede en la prevención general negativa), en la medida que aquella teoría tenga como finalidad la «prevención», termina, en última instancia, instrumentalizando al individuo sobre el que recae la pena. Se logra afirmar, entonces, que en la prevención general positiva el delincuente no es castigado por su hecho, sino, en definitiva, para satisfacer las necesidades preventivas sociales que emergen a propósito de la realización del hecho. Esto demuestra que la prevención general positiva, al legitimar la imposición de la pena en la estabilización de la norma, utiliza al penado –al igual que en la teoría de la prevención general negativa en su dimensión de la imposición de la pena– como «objeto de demostración»⁸⁸. El planteamiento consistente en establecer la pena como un instrumento necesario para demostrar a la generalidad que pese a la comisión de un delito la norma sigue estando en vigor y prevalece, refleja una pretensión de legitimidad de la imposición de la pena frente a la sociedad, descuidando

⁸¹ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 49. También, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 363, quien señala que, más allá de las denominaciones ampliamente difundidas tanto de la teoría de la prevención general negativa como de la prevención general positiva, lo que en definitiva las distingue sería que mientras la primera alude a «razones referidas a la prudencia», la segunda alude a «razones referidas a la moral (en sentido amplio)».

⁸² Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 49.

⁸³ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 49.

⁸⁴ Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 98.

⁸⁵ Roxin, GA 2015, 192.

⁸⁶ Roxin, GA 2015, 192.

⁸⁷ Al respecto, Hörnle/von Hirsch, GA 1995, 264.

⁸⁸ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 50.

la que ha de hacerse frente al individuo. Y si esto es así, entonces la culpabilidad del autor deja de ser un fundamento de la legitimación de la sanción: la pena degenera a un mero instrumento de demostración de validez de la norma⁸⁹.

4. Prevención especial positiva

Con respecto a la teoría de la prevención especial, se puede señalar que esta, a diferencia de la prevención general (negativa o positiva), se concentra en el autor del delito, por lo que la pena que se impone a este tiene como finalidad que ese mismo autor no cometa un delito en el futuro⁹⁰. Es claro que una teoría de la prevención especial es atractiva «por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social»⁹¹. Sin embargo, ella encubre aspectos que la hacen criticable. En concreto, quiero referirme aquí a la denominada «resocialización», cuyo discurso fue particularmente hegemónico desde finales del siglo XIX (con el auspicio de la «Escuela jurídico-penal sociológica» de Von Liszt) hasta los años setenta del siglo pasado⁹². El problema con esta teoría consiste, en esencia, en que no puede realmente demostrar los efectos que promete⁹³. Es cierto que, así como no es posible comprobar que el cumplimiento de la pena pueda tener el efecto de hacer que el individuo «tratado» no vuelva a delinquir (mediante la asimilación y aceptación de lo penalmente prohibido), tampoco es posible comprobar lo contrario (así como tampoco es posible constatar que la ejecución de la pena agudice los problemas de reintegración)⁹⁴.

En todo caso, la orientación propuesta por la teoría de la prevención especial positiva enfrenta ya un problema que difícilmente puede superar: ahí donde haya certeza de que el autor no puede volver a delinquir (porque el delito del que aquel es responsable se realizó debido a motivos y situaciones irrepetibles, porque el autor se arrepiente y da muestras claras de que no volverá a delinquir o incluso por el propio hecho de envejecer), entonces no será necesaria la imposición de una pena (no hay necesidades de prevención especial⁹⁵), pese a que esto contradiría severamente la

⁸⁹ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 50.

⁹⁰ Por todos, Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 99; Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/11.

⁹¹ Roxin, en: Roxin, *Problemas básicos*, 1976, 15.

⁹² Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/12 ss.

⁹³ Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), *NK*, t. I, 5.^a ed., 2017, previo a § 1/275.

⁹⁴ Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), *NK*, t. I, 5.^a ed., 2017, previo a § 1/275, quienes señalan que la comprobación de ello, en un sentido positivo o negativo, requeriría «un dominio absoluto de numerosas variables en costosas o extensas investigaciones a largo plazo». Estas investigaciones, según exponen los autores citados (sosteniéndose en las opiniones de otros especialistas), adolecen de problemas metodológicos. Por su parte, Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/20, sostienen que «mientras la pena retributiva porta en sí misma su finalidad y, por tanto, es independiente de todo “resultado”, un objetivo preventivo-especial permanentemente fracasado será inútil, incluso si teóricamente se entiende como correcto».

⁹⁵ Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 99; Frisch, InDret, 3/2014, 11. Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/19, señalan que este escenario corresponde a los delincuentes imprudentes, los delincuentes ocasionales que cometen delitos de bagatela y a los delincuentes que, si bien han cometido hechos muy graves, no demuestran peligro de repetición, pues tales hechos fueron realizados en

representación que sobre la justicia tiene la comunidad⁹⁶. Esto no hace más que demostrar que la imposición de una pena es, paradójicamente, y pese a lo que propone la teoría de la prevención especial positiva, independiente de la posibilidad de que el autor vuelva a delinquir. Y esto es así, precisamente, por una necesidad de retribución. De otra manera, no podría explicarse que se imponga una pena a un sujeto por la comisión de un delito pese a que concurra en el caso concreto la certeza de que no volverá a cometer tal hecho. Este problema no solo ha sido reconocido como uno al que difícilmente los defensores de la teoría de la prevención especial positiva han podido dar una solución satisfactoria, sino que también, aparentemente, es el resultado de una de las dimensiones de la denominada «crisis de la resocialización»: el regreso a una «pena conforme al merecimiento» (planteamiento emparentado a las teorías absolutas) era algo obvio después de haber quedado en evidencia que una política de tratamiento elaborada y costosa no había podido conseguir su objetivo (los efectos sobre los «tratados»)⁹⁷. Por tanto, pese a las pretensiones de la teoría de la prevención especial positiva, se debe reconocer que la imposición de una pena no tiene como presupuesto un «peligro de repetición» (de la comisión de nuevos delitos) o una «necesidad de resocialización»⁹⁸. Si fuera así, la pena perdería la desaprobación ética del hecho, para convertirse materialmente en una medida de seguridad terapéutica (cuya pretensión sería solo resocializar al delincuente)⁹⁹.

Ahora bien, más allá de las mencionadas críticas a la teoría de la prevención especial positiva, concentradas en la perspectiva de los efectos (por tanto, son críticas «consecuencialistas»), es posible resaltar deficiencias constitutivas, que, en esencia, demuestran que la referida teoría es de difícil admisión desde la perspectiva de la concepción del Estado de Derecho (críticas, por tanto, «deontológicas»). Lo que en esencia pretende la prevención especial positiva es que, mediante un tratamiento, el individuo asimile, acepte la norma y decida obedecerla por convicción. Esto supondría, entonces, que la pena impuesta debe llevarse a cabo de tal manera que se le demuestre al individuo que la norma en sí es valiosa y que, por eso, merece su aceptación y obediencia¹⁰⁰. El planteamiento, como puede preverse, resulta problemático: la teoría de la prevención especial positiva no determina claramente la frontera entre lo que es posible y no es posible «hacer» sobre el penado, por lo que la imposición de la pena, como reacción del Estado ante la comisión de un hecho punible, parece

una situación irreplicable de conflicto o porque las circunstancias del tiempo modificadas hacen imposible su nueva comisión.

⁹⁶ Por todos, Jescheck/Weigend, DP. PG., 2002, 81; Hoerster, *Strafe*, 2012, 56; Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 52.

⁹⁷ Por todos, Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 102; Hassemmer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), *NK*, t. I, 5.ª ed., 2017, previo a § 1//276.

⁹⁸ Roxin, en: Roxin, *Problemas actuales*, 1976, 16.

⁹⁹ Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/16, señalan que, conforme a la teoría de la prevención especial positiva, si un delito mínimo es síntoma de un profundo trastorno de la personalidad, se podría imponer una pena de larga duración.

¹⁰⁰ García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 7.

transformarse en una medida de índole educativa. Esta comprensión de la pena solo podría casar bien con un modelo de Estado que, más que imponer, mediante sus normas, determinadas formas de comportamiento, impone, en realidad, formas de pensar. Desde la perspectiva de un Estado de Derecho, entonces, tal comprensión de la pena no resulta aconsejable¹⁰¹. Esto no solo porque las intervenciones pedagógicas se pueden llevar a cabo de mejor manera por medios distintos a los propios de la justicia penal¹⁰², esto es, primordialmente, sin tener que imponer un «mal»¹⁰³, sino porque –y este es el motivo, a mi juicio, principal– una «ayuda forzada» (disfrazada con etiquetas como «reeducación», «rehabilitación» o «reincorporación») es, en todo caso, también una forma de instrumentalización¹⁰⁴.

Conforme a esta última aseveración ha de señalarse que la prevención especial, bajo la forma de un «tratamiento resocializador», no establece de suyo una delimitación temporal a la intervención estatal sobre el individuo. En efecto, la teoría de la prevención especial, al igual que la teoría de la prevención general negativa y a diferencia de teoría de la retribución, no proporciona un criterio de medición de la pena¹⁰⁵. Si la prevención especial está orientada a la corrección, entonces esa intervención tendrá que ser realizada hasta que ella sea obtenida, lo que, a su vez, es una razón para no definir la duración de la medida (o, habiéndola definido, para que pueda ser prorrogada de manera arbitraria)¹⁰⁶. Si la finalidad de la pena radica en la necesidad de «reeducación» (para mantener alejado al penado de la futura comisión de delitos y para conseguir su adaptación a las reglas básicas de la convivencia social), entonces no habría motivo para exigir la culpabilidad del autor como presupuesto de la imposición de la pena, la que debería, en lugar de ella, requerir solo a la peligrosidad como condición¹⁰⁷. La imposición de la pena, entonces, dejaría de vincularse al delito (como hecho merecedor de pena) para vincularse con el sujeto peligroso como «persona necesitada de tratamiento»¹⁰⁸.

¹⁰¹ Al respecto, el BVerfG, ha señalado que «El Estado no tiene la tarea de “mejorar” a sus ciudadanos». Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/17, señalan sobre ese punto que el art. 1 I GG prohíbe una enseñanza coactiva, por lo menos en lo que concierne al núcleo de personalidad intangible de una persona adulta.

¹⁰² Hörnle, *Straftheorien*, 2.ª ed., 2017, 62.

¹⁰³ García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 7.

¹⁰⁴ Con mayores referencias, Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 120.

¹⁰⁵ Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/16, donde señalan que la prevención especial «no concede un **principio de medición** (*Maßprinzip*) de la pena» (resaltado en el original). En ese sentido, parecen estar de acuerdo con la idea de que la prevención especial permite intervenciones que, según la teoría de la retribución, sobrepasarían ampliamente los límites admisibles.

¹⁰⁶ Roxin, en: Roxin, *Problemas básicos*, 1976, 16, quien incluso destaca la «mayor peligrosidad» de la teoría de la prevención especial frente a una teoría de la retribución (por él también criticada): «la teoría de la prevención especial tiende, todavía más que un Derecho penal de la culpabilidad retributivo, a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal».

¹⁰⁷ Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 52. También, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/16, quienes señalan que un tratamiento resocializador sería tomado en consideración incluso ahí donde el individuo se muestre criminalmente peligroso, sin que necesariamente haya cometido un hecho punible.

¹⁰⁸ Meini, Derecho PUCP 71 (2013), 150. El ejemplo más claro de esto es el de la reincidencia, la que demuestra que los efectos de carácter preventivo-especial de la pena han fracasado. Al respecto, Roxin, GA 2015, 191.

Indagar por las razones por las que el Estado tiene que esperar a que se cometan delitos, siendo la peligrosidad la condición necesaria y suficiente para una actuación genuinamente preventiva sobre los propios delincuentes, resulta algo sumamente incómodo para la teoría de la prevención especial positiva, pues la deja en evidencia¹⁰⁹.

La prevención especial solo se refiere a un aspecto del Derecho penal, a saber, el de la ejecución de la pena¹¹⁰. Si se quiere que esta sea conforme al modelo de un Estado de Derecho, entonces la ejecución de la pena debe tener como premisa que mediante ella no se pretenda que el penado comparta las razones por las que el Estado, conforme a los parámetros que le concede la sociedad democrática, castiga con pena determinados comportamientos, sino solo que las *entienda*. La ejecución de la pena, por tanto, debe tener como principios reguladores tanto a la dignidad de la persona como a su libre desarrollo de su personalidad¹¹¹. Debe quedar claro, en todo caso, que los argumentos expuestos hasta ahora tienen que ver con un asunto concreto: la justificación de la imposición de una pena. Los aspectos referidos a su ejecución son, a mi modo de ver, asuntos que pertenecen a otro discurso¹¹². La distinción entre la imposición de la pena y la ejecución de la pena no es desconocida, aunque posiblemente no haya concentrado la atención suficiente. Precisamente, solo mediante la mencionada distinción, las dificultades de la ejecución de la pena se resolverían en su propio ámbito, sin comprometer la fundamentación, de carácter previo e independiente, de la imposición de la pena¹¹³.

¹⁰⁹ Al respecto, Schmidhäuser, *Sinn*, 2.ª ed., 1971, 68, indica de manera correcta que la teoría de la prevención especial, en última instancia, pretende establecer un Derecho de prevención (*Präventionsrecht*) en lugar del Derecho penal.

¹¹⁰ Así, Roxin, en: Roxin, *Problemas básicos*, 1976, 20.

¹¹¹ Esto tiene que ver también con el hecho de que la resocialización no puede ser un fin de la pena, sino solo un postulado político-criminal inspirador de la ejecución de la pena privativa de libertad. Al respecto, Meini, *Derecho PUCP* 71 (2013), 150.

¹¹² Lo que no quiere decir que una teoría de la imposición de la pena y una teoría de la ejecución de la pena no puedan integrarse. Por ejemplo, Pawlik, *Unrecht*, 2012, 104 ss., quien defiende en la actualidad una concepción retributiva de la pena, no desconoce la posibilidad de llevar a cabo la resocialización. Esto demuestra que la defensa de una teoría retributiva no supone dejar sin contenido a la ejecución de la pena.

¹¹³ Recientemente, Roxin/Greco, *AT*, 5.ª ed., 2020, § 3/17 a, han planteado la posibilidad de distinguir entre la justificación de la pena mediante las teorías de la pena y el objetivo de ejecución (*Vollzugziel*). Al respecto, señalan: «Si se reconoce que el objetivo específico de la ejecución de la pena no depende necesariamente de las razones que justifican la imposición de penas, se allanaría el camino para una concepción que sea capaz de mantener o conservar todas las ventajas de la idea de resocialización para la humanización de la ejecución de la pena, sin tener que capitular ante las debilidades que esta idea, como justificación de la pena, conlleva. En pocas palabras: la resocialización sería, en primera línea, objetivo de ejecución y, solo en segunda línea, fin de la pena». Agregan seguidamente que «Si uno distingue limpiamente entre objetivo de ejecución y fin de la pena, sería posible criticar los tratamientos coactivos y otros excesos cuestionables practicados en nombre de la resocialización, sin por su parte tener que sucumbir a la idea de retribución».

5. Lineamientos para una teoría retributiva de la imposición de la pena

5.1. Bases kantianas de la distinción entre imposición de la pena, medición de la pena y ejecución de la pena

La distinción acabada de formular, entre imposición de la pena y ejecución de la pena permite indicar un elemento más que ha de tomarse en consideración: la medición de la pena. Aquí solo me limitaré a expresar esa distinción y a concentrarme, en lo que sigue, en la imposición de la pena. La distinción entre imposición de la pena, medición de la pena y ejecución de la pena podría adquirir forma mediante la utilización de los planteamientos de Kant. Es un lugar común en la literatura jurídico-penal vincular el nombre de este autor con las denominadas teorías «absolutas» de la pena, concretamente, con una teoría retributiva¹¹⁴. Esa vinculación, sin embargo, es manifestación de un reduccionismo¹¹⁵. En todo caso, la distinción entre conminación de la pena e imposición de la pena, que puede encontrarse ya en Kant¹¹⁶, refleja un asunto importante para esta investigación: la posibilidad de bosquejar una diferenciación entre una teoría de la norma y una teoría de la pena. Sin perjuicio de volver sobre este planteamiento más adelante (aunque necesariamente de manera breve), situaré aquí algunas ideas referidas a la teoría de la pena.

La imposición de la pena se sostiene en la retribución. Dicho de otra manera: la retribución, como merecimiento, es el fundamento de la imposición de la pena. Este acto de imposición, posteriormente, debe ser evaluado desde la perspectiva de la medición de la pena¹¹⁷. Una pena retributiva, al tener en su base la idea de merecimiento, le brinda un sentido al principio de proporcionalidad¹¹⁸. Sobre esa proporcionalidad es que luego la medición de la pena tiene su «espacio de juego»¹¹⁹. Esto parece haber

¹¹⁴ Al respecto, por todos, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/3 ss. También puede ser de gran utilidad aquí lo señalado por Hruschka, ZStW 122 (2010), 493 ss., 499 ss.

¹¹⁵ En la misma línea, Sánchez-Ostiz, *Imputación*, 2008, 161.

¹¹⁶ Kant distinguía ya entre la amenaza de pena por parte del legislador y la «pena judicial» («*richterliche Strafe*») o «*poena forensis*»), que podrían corresponderse con la conminación penal (por el legislador) y la imposición de la pena (por el juez), respectivamente. Posteriormente, ya en el Derecho penal, asumió esa distinción Feuerbach, *Revision*, t. I, 1799, 56. Sobre los fundamentos de la distinción entre conminación e imposición de la pena (y las concretas referencias a Kant y a Feuerbach), por todos, Hruschka, *FS-Puppe*, 2011, 21 ss.; Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 41 ss.

¹¹⁷ Köhler, M., AT, 1997, 580 ss., sostiene que la pena se fundamenta en la compensación de la culpabilidad por el hecho. De esto, el autor citado considera que el principio de determinación judicial de la pena es el principio de culpabilidad por el hecho: la medida del castigo ha de equipararse a la medida de la gravedad del hecho cometido de manera culpable. En Alemania, el § 46 StGB alude de manera expresa a la culpabilidad como fundamento de la medición de la pena. Esto hace que autores como Köhler, M., AT, 1997, 602, consideren de *lege lata* que la prevención general no ha de ser considerada como un factor a tomar en cuenta en la medición de la pena.

¹¹⁸ Como señala García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 10, «El valor de la retribución no puede ser superior al valor de lo retribuido, lo que es tanto como decir que el castigo que el reo sufra tiene que ser proporcional o equiparable al mal o daño que con su conducta provocó».

¹¹⁹ García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 12, sostiene que el principio de proporcionalidad señala que «debe haber una equivalencia entre el daño que el delito supone y el mal que para el delincuente la pena implica». Por su parte, Lerman, en: Ambos/Malarino/Pastor (Dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, 67,

sido reconocido por el propio Kant, quien, al aludir al *ius talionis*, se refería a la medición de la concreta pena a imponer¹²⁰ y no a la legitimación de la pena impuesta¹²¹. El *ius talionis* era la única forma de garantizar la no instrumentalización del penado y, en definitiva, el respeto a su dignidad. Kant sostuvo, en ese sentido, que la pena «no puede aplicarse como simple medio para procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad»¹²². Creo que de este planteamiento es posible extraer consecuencias tanto para la medición de la pena como para la ejecución de la pena. En cuanto a la determinación de la cuantía de la pena, esta debe tener como límites (mínimo y máximo) el merecimiento del sujeto (como antes se dijo, el principio de culpabilidad tiene una dimensión doble: limita «por arriba» y «por abajo»). Ahora bien, en cuanto a la ejecución de la pena, esta no puede ser llevada a cabo en nombre de un supuesto «mejoramiento» del individuo. Tanto en la medición de la pena como en la ejecución de la pena, en todo caso, ha de adquirir vigor la principal inquietud expresada genuinamente por Kant: la imposibilidad de instrumentalizar al individuo.

5.2. Una teoría de la retribución como propuesta de solución a los problemas de las teorías preventivas

Los argumentos expuestos en líneas anteriores dejan en evidencia que las teorías preventivas, en última instancia, exhiben tres problemas importantes: primero, no pueden ofrecer una limitación para la medida de la pena¹²³; segundo, permiten una

señala: «(...) es evidente que no existe una fórmula matemática para traducir en un monto (y clase) de pena la culpabilidad revelada en un hecho. Pero lo que no puede negarse es que las teorías retributivas, a pesar de presentar dificultades prácticas para realizar esa conversión, brindan al menos un parámetro teórico para hacerlo. Y quizá a una teoría de la pena no pueda exigírsele más que eso. Pues no es su función la de generar reglas prácticas precisas sobre las magnitudes de la pena a aplicar, sino sólo el establecer criterios para fundamentar argumentalmente la legitimidad de la aplicación de una pena de cierta magnitud». Agrega luego (en n. 25): «Y eso es lo único que permitiría tener una base para poder desarrollar luego un sistema que pueda ser más preciso en la determinación de la pena que le corresponda a un hecho concreto, tarea que aún no se ha alcanzado de modo suficiente. No es posible, por cierto, pretender que ese sistema se derive por completo en forma directa de la teoría de la pena».

¹²⁰ Kant, MdS AA 332, defiende la idea de que «solo el derecho a la retribución (*Wiedervergeltungsrecht*) (*ius talionis*) puede determinar la cualidad y cantidad de la pena». En todo caso, el «ejemplo de la isla» no puede ser entendido de manera aislada. Kant recurre a ese ejemplo para hacer referencia al *ius talionis*: «la igualdad en la retribución debe mantenerse aun cuando la sociedad ya no tenga razón de ser». Así, Cordini, RD 2014, 680.

¹²¹ Como señala Sánchez-Ostiz, *Imputación*, 2008, 155, «ius talionis y retribucionismo (en cuanto teoría absoluta) no son sinónimos». Con la referencia al *ius talionis* no se está diciendo que se tenga que dar muerte al asesino, sino que la pena que se ha de imponer a este debe ser proporcional a la gravedad de su hecho, siendo aquella pena una respuesta institucional que posee diversas manifestaciones que también pueden ordenarse conforme a un criterio de gravedad. Que el Estado tiene a su disposición diversas clases de medidas en atención a la gravedad del hecho, es algo que difícilmente podría objetarse. Esto tanto en delitos como en penas: matar es más grave que robar, así como una pena privativa de libertad de diez años es más grave que una pena de multa de dos mil euros. Sobre la proporcionalidad «cardinal» y «ordinal», por todos, Basso, *Determinación*, 2019, 301 ss.

¹²² Kant, MdS AA 331.

¹²³ Pawlik, *Unrecht*, 2012, 82 ss. Recientemente, Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/32, señalan que tanto

instrumentalización del individuo en nombre de efectos sociopsicológicos supuestamente favorables para la generalidad¹²⁴; y, tercero, su propia comprensión de la «prevención» como «evitación de futuros delitos» no resulta sostenible¹²⁵. Creo, al respecto, que una teoría de la retribución se encuentra en una mejor posición para dar respuesta a estos asuntos.

Sobre el primero, queda claro que una teoría preventiva difícilmente puede ofrecer siquiera criterios mínimos para la medida de la pena¹²⁶. Una teoría utilitarista ha de volcar sus pretensiones a la institución de la pena, por lo que esta tendrá que reflejar necesariamente esa orientación a la utilidad. Así, la admisibilidad de penas amplias se justificaría moralmente si de esa manera se obtiene un incremento neto de utilidad¹²⁷. Una teoría retributiva, por el contrario, no solo permitiría legitimar la imposición de la pena, sino que también podría ofrecer mayores posibilidades para construir criterios para la medición de la pena, pues aquella teoría, como ya se dijo, le otorga sentido al principio de proporcionalidad.

Sobre el segundo asunto, ya se dijo que una teoría preventiva permite una instrumentalización del individuo. La imposición de sanciones sobre la base de intereses puramente preventivos (esto es, referido a la evitación de futuros delitos), como se ha visto, es, hasta hoy, la principal objeción a las teorías preventivas. Así, mientras la teoría de la prevención general convierte al individuo en un «objeto de demostración», la teoría de la prevención especial hace del individuo un «objeto de tratamiento»¹²⁸. En palabras de Roxin, el individuo es considerado «como objeto a disposición de la coacción estatal» o «como material humano utilizable»¹²⁹. Una concepción utilitarista carece de límites éticos pues no tiene en cuenta como un asunto nuclear a la compensación de la culpabilidad, permitiendo, en última instancia, que el ciudadano deje de ser visto como un sujeto moral¹³⁰. Ante esta indeseable conclusión, el principio de culpabilidad aparece como una garantía para el individuo frente a la instrumentalización, la injusticia y la arbitrariedad¹³¹.

la prevención general como la prevención especial «no contienen una medida para la limitación de la duración de la pena».

¹²⁴ Al respecto, con más referencias, Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 52.

¹²⁵ Una comprensión de la «necesidad», no referida a la protección a futuro de la comunidad frente al autor de un delito ni a que los potenciales autores sean intimidados, la ofrece Frisch, InDret 3/2014, 12.

¹²⁶ Roxin/Greco, AT, 5.^a ed., 2020, § 3/29, señalan que una de las ventajas de las teorías preventivas consiste en que ellas pueden explicar, «con soltura», la posibilidad de imponer una pena aún cuando no haya peligro de repetición por parte del condenado: se considera que la pena es necesaria pues, los delitos que no suponen una consecuencia para el delincuente provocan una imitación.

¹²⁷ Es decir, la imposición de una pena amplia a un individuo sería un costo que, sin embargo, se compensa mediante la obtención de un mayor bienestar para la colectividad (un incremento neto de utilidad). Como señala Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 120, «Todas las teorías utilitaristas consecuentes funcionan en última instancia como máquinas que ponderan la utilidad de la pena para la sociedad con los costos para su víctima (el delincuente)»

¹²⁸ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 46.

¹²⁹ Roxin, en: Roxin, *Problemas actuales*, 1976, 19.

¹³⁰ Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 52.

¹³¹ Al respecto, Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 183, quien además establece que el principio de culpabilidad

Sobre el tercer asunto, se puede decir que todas las teorías preventivas parecen responder a lo que en la filosofía moral se ha denominado como «utilitarismo»¹³². Si se concentra la atención en la dimensión referida a la imposición de la pena, el modelo preventivo permitirá afirmar que esta solo se justifica si con ella es posible la prevención de la comisión de futuros delitos, tanto por parte del propio individuo que ha sido castigado (prevención especial) como por parte de la sociedad (prevención general). Pero el recurso exclusivo y excluyente a la prevención, como se ha sostenido, resulta insuficiente. Una comprensión estrictamente utilitarista de la imposición de la pena, más allá de las dificultades que supondría la comprobación de sus efectos por parte de las ciencias sociales¹³³, haría posible, en su caso más extremo, algo tan reprochable moralmente como el castigo de un inocente, si es que mediante esto se consiguen los efectos preventivos deseados (consideraciones de utilidad). Precisamente, una característica de cualquier teoría de la retribución radica en la interdicción de la pena para el inocente¹³⁴. El momento retributivo demostraría aquí con mayor claridad su carácter irrenunciable, pues, si no es posible castigar a un inocente, es porque ha de exigirse su culpabilidad como condición imprescindible para la imposición de una pena¹³⁵.

5.3. Teoría de la pena como teoría de la imposición de la pena

Los argumentos hasta ahora expuestos revelan un importante asunto: que cuando se habla de una teoría de la pena, se está hablando, en realidad, de una teoría de la *imposición* de la pena¹³⁶. De esta aseveración pueden extraerse dos ideas. La primera

descansa en tres momentos esenciales: 1) Pregunta por la culpabilidad individual del autor; 2) Fundamenta la sanción penal como compensación (*Ausgleich*) de la culpabilidad; y 3) Mide la cuantía de la sanción conforme a la gravedad de la culpabilidad.

¹³² Mañalich, EP 108 (2007), 127, quien señala que «En términos generales, toda teoría prevencionista de la pena ofrece una justificación de ésta que descansa en una moral utilitarista: si la imposición de la pena se justifica si y solo si el mal constituido por la imposición de la pena es sobrepasado, en términos agregados, por el bien de la prevención de delitos futuros, ya sea por el propio individuo penado, en el sentido de la prevención especial, ya sea por cualquier individuo, en el sentido de una teoría de la prevención general».

¹³³ Roxin, GA 2015, 190 s.

¹³⁴ Al respecto, García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 34 ss., señala que las teorías retributivas suscriben por lo menos dos tesis: 1) que los culpables deben ser castigados (pues el castigo a un culpable es un valor intrínseco); y, 2) que los inocentes no pueden ser castigados (pues el castigo a un inocente es una injusticia intrínseca). Al respecto, también, Moore, *Placing Blame*, 1997, 87 ss. La primera tesis no podría ser asumida por el planteamiento retributivo que aquí se defiende. La segunda tesis, en cambio, sí es admitida por todo retribucionismo pues «por definición, inocente es el que no hizo algo que sea merecedor de castigo». También, sobre el «aspecto negativo» de la retribución, consistente en «la prohibición de penar al inocente», Greco, en: Greco/Martins (Coords.), *EH-Juarez Tavares*, 2012, 275 ss.

¹³⁵ En realidad, la imposición de una pena amplia (o, incluso, de una pena indeterminada) o la imposición de una pena a un inocente podrían considerarse como «externalidades negativas» de decisiones punitivas justificadas sobre la prevención. Al respecto, Moore, *Placing Blame*, 1997, 95.

¹³⁶ Como se ha dicho en el cuerpo del texto, una teoría de la pena, hasta donde entiendo, debería concentrarse solo en la ya compleja tarea de legitimar imposición de la concreta sanción penal como compensación de la culpabilidad. La medición de la cuantía es un asunto que probablemente vaya más allá de la fundamentación de la pena y deba ser abarcado por una teoría de la medición de la pena.

idea se refiere a que la imposición de una pena supone necesariamente una reacción frente a un hecho lógicamente previo, esto es, el delito. Por tanto, la imposición de la pena tiene ya una perspectiva retrospectiva. La orientación preventiva, por su parte, quiere otorgarle a la imposición de la pena una perspectiva distinta: quiere forzarla a que desempeñe una labor orientada al futuro (prevención de delitos: sea mediante la intimidación penal a la generalidad, como propone la prevención general negativa; sea mediante la creación de la convicción general de los ciudadanos, conforme a la prevención general positiva; sea mediante la resocialización del autor, como expone la prevención especial positiva¹³⁷), esto es, la entiende desde una perspectiva prospectiva. Esta perspectiva, sin embargo, olvida que, de llevarse a cabo, supondría hacerlo por encima de quien se impone una pena, esto es, se utilizaría al penado como «material de enseñanza»¹³⁸. Pienso que esta forma de proceder sería corregida si se tomara en cuenta la distinción entre una teoría de la norma y una teoría de la pena, pues, precisamente, la problemática de la asignación forzosa de una perspectiva prospectiva a una institución que necesariamente ha de mirar al pasado responde al hecho de que si bien la perspectiva prospectiva de la norma (como directiva de conducta) ha sido identificada correctamente, tal perspectiva ha sido incorrectamente transferida a la imposición de la pena. La segunda idea, en todo caso, tiene que ver con el hecho de que una teoría de la imposición de la pena a la que se le asigne una perspectiva prospectiva (prevención de futuros delitos) casa mal con algunas intuiciones morales básicas (aunque importantes) acerca de las condiciones para imponer correctamente esa pena a un individuo¹³⁹.

En líneas anteriores se señaló que se suele criticar a las teorías absolutas el hecho de que propongan una justificación «deontológica» de la pena, esto es, con independencia de la referencia a fines sociales. Resaltar este enjuiciamiento revela un asunto importante: la identificación de las teorías absolutas y las teorías relativas con los planteamientos, provenientes de la ética normativa, denominados «deontológicos» y «consecuencialistas», respectivamente¹⁴⁰. Esa identificación, al parecer, permitiría la apertura de un espacio conceptual del que podría obtenerse un mayor rendimiento en

¹³⁷ Esto lo señala, entre otros, Hoerster, *Strafe*, 2012, 48, quien agrega que no solo los objetivos de la prevención especial y de la prevención general quedan excluidos de la teoría de la retribución, sino también otras necesidades como la venganza, especialmente, la de la víctima del hecho delictivo. En la medida que la satisfacción de esas necesidades «radica inequívocamente en el futuro», entonces una genuina teoría retributiva (que mira al pasado) no podría contar con ellas.

¹³⁸ Una teoría de la imposición de la pena no puede sostenerse sobre consideraciones preventivas: la pena no se impone para que el individuo (el condenado, que infringe de manera culpable la norma primaria) deje de cometer delitos (prevención especial) o para hacer que otros no delincan, esto es, para quitarle a otros las inclinaciones a delinquir mediante el miedo que genera la imposición a otro del castigo penal (prevención general negativa) o mediante el restablecimiento de la conciencia jurídico-general y, con ello, de la convicción de que el Derecho se impone al delito (prevención general positiva). Recurrir al mal de la pena para intimidar a otros o para decirles que el Derecho sigue vigente no es fundamentación suficiente frente a quien se impone aquel mal.

¹³⁹ Mañalich, EP 108 (2007), 135.

¹⁴⁰ Robinson/Darley, Nw. U. L. Rev. 91 (1997), 454.

beneficio de la discusión sobre la legitimación de la pena estatal, sobre todo si de manera creciente se viene sosteniendo que la clásica contraposición entre teorías absolutas y teorías relativas podría considerarse superada¹⁴¹. Precisamente, a partir de esta superación, se ha señalado que la pena estatal solo puede justificarse de manera mixta o pluralista, esto es, tendría que albergar consideraciones provenientes de la prevención y de la retribución¹⁴². Por tanto, toda teoría monista (centrada únicamente en la retribución o en la prevención) sería insuficiente¹⁴³. No me queda suficientemente claro, en todo caso, si la adopción de una concepción mixta o pluralista responde a esa explicación (que, en definitiva, a mi modo de ver, continúa asignándole a la prevención de una mayor importancia) o si, en realidad, no es más que el reconocimiento (o, en todo caso, una «confesión poco entusiasta» por parte de los defensores de una perspectiva preventiva) de que la dimensión retributiva nunca ha podido «desaparecer» del discurso empleado para la justificación de la pena estatal¹⁴⁴.

La aludida distinción entre teorías absolutas y relativas, en realidad, ha sido puesta en duda desde hace mucho tiempo. Es posible sostener, incluso, que las primeras no necesariamente han desconocido consecuencias más allá de la que corresponde a la imposición de la pena como momento palmariamente retributivo¹⁴⁵. En efecto, los defensores del retribucionismo clásico no desconocieron los efectos sociopsicológicos de la imposición de la pena, otorgándoles, eso sí, una condición inferior a la retribución¹⁴⁶. La calificación de una concepción retributiva como «libre de fin» o, en todo caso, su desestimación por la sola consideración de que un Derecho penal de un Estado de Derecho debe cumplir finalidades sociales, no puede ser admitida: así como esos efectos sociales nunca han sido negados por una concepción retributiva, tampoco se han desconocido tales efectos en el ámbito de la imposición de la pena¹⁴⁷.

¹⁴¹ Al respecto, Hörnle, *Straftheorien*, 2.ª ed., 2017, 61.

¹⁴² Es de resaltar que, aunque se mantenga en las obras generales del Derecho penal la distinción entre teorías absolutas y teorías relativas, ninguna ha dejado de reconocer un elemento retributivo en el marco de la teorización sobre la pena estatal (bajo la forma del merecimiento como límite).

¹⁴³ Al respecto, por todos, Roxin, GA 2015,

¹⁴⁴ Con múltiples ejemplos, García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 18 ss.

¹⁴⁵ Esto puede reconocerse ya en las obras de autores como Merkel, *Gesammelte Abhandlungen*, t. II, 1899, 687 ss.; DP. PG., 1907, 250 ss.; Beling, *Vergeltungsidee*, 1908, 5 ss.; Liepmann, ZStW 28 (1908), 1 ss. En el mismo sentido, Pawlik, *Unrecht*, 2012, 64, señala (haciendo referencia a Kant en la n. 309) que «ningún defensor de la teoría de la retribución refutaría que la pena retributiva expresa ciertos efectos preventivos».

¹⁴⁶ Los retribucionistas clásicos nunca negaron que la pena adecuada a la culpabilidad (esto es, una retribución justa) tenga efectos sociopsicológicos útiles para la sociedad. Por ejemplo, Beling, *Vergeltungsidee*, 1908 3, quien defendió una teoría retributiva de la pena, sostenida sobre planteamientos que podrían ser reconocidos como consecuencialistas (y no deontológicos), señaló que en ese momento «no había nadie que no sea relativista». Por su parte, Merkel, DP. PG., 1907, 269, señaló que «toda retribución anida una tendencia preventiva». Binding, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 423, sobre todo después de su discusión con von Liszt, consideró que en el marco de la determinación de la pena era posible reconocer ciertos efectos preventivos.

¹⁴⁷ Incluso, de los planteamientos de Pawlik, *Unrecht*, 2012, 82 ss., que propone una comprensión de la pena desde una perspectiva retributiva, tributaria de un planteamiento hegeliano, no es posible extraer la concurrencia de efectos sociopsicológicos como, por ejemplo, la intimidación. Lo que propone este autor, en todo caso, es que la pena posee otro fundamento legitimador, sin que esto signifique negar que la intimidación puede presentarse como un «efecto colateral».

Por tanto, si el retribucionismo (más allá de Kant y Hegel –aunque ellos también¹⁴⁸–) atendió a las «consecuencias», parece ser que el núcleo de la discusión debería referirse a cómo estas tendrían que ser entendidas y cómo se relacionan con el irrenunciable momento del merecimiento en el marco de la imposición de la pena. Considero que puede haber dos maneras de comprender esas «consecuencias»: primero, desde la perspectiva de las teorías tradicionalmente denominadas «preventivas», esto es, sosteniendo que mediante la pena (la conminación o la imposición, *tanto monta, monta tanto*) se persigue la prevención de delitos (por parte del delincuente, como indica la teoría de la prevención especial, o por parte de la generalidad, como indica la teoría de la prevención general) o, segundo, proponiendo que mediante la imposición de la pena, que ha de reflejar consideraciones no solo de merecimiento, sino también de necesidad, *queda reflejada la representación de la justicia imperante en la sociedad*. Advierto aquí que no considero correcto seguir el primer camino, pues de las reflexiones presentadas hasta este momento se deduce que las teorías preventivas poseen una innegable tendencia expansiva que encuentra en la culpabilidad, como momento retributivo, un elemento incómodo, degradado hasta ser considerado solo como límite y no como fundamento de la imposición de la pena.

5.4. Una teoría de la retribución sostenida en una ética consecuencialista

Tomando en cuenta la ética normativa, se ha señalado que la retribución, como teoría absoluta, se sostiene sobre una base deontológica. Una teoría de la pena así formulada permitiría, a mi modo de ver, dos cosas. Primero, permitiría entender que el Estado tendría en todo caso un deber de penar¹⁴⁹. Que esto sea así, supondría, de manera consecuente, que la culpabilidad (como elemento expresivo del merecimiento) fundamenta la imposición de la pena. Esta conclusión, como es conocido, es negada por la opinión dominante, que considera que el merecimiento solo se desempeña como elemento limitador (y no fundamentador). Segundo, no podría explicar por qué no se impone (total o parcialmente) una pena que, siendo merecida, no es necesaria¹⁵⁰. En efecto, se sostiene que una teoría de la pena no solo debería

¹⁴⁸ Roxin, GA 2015, 187, señala que un ejemplo de teoría absoluta se puede reconocer en el «ejemplo de la isla», propuesto por Kant, del que se obtiene una «absolutización de la idea de justicia (que) como imperativo categórico, exige validez más allá de cualquier finalidad social». Greco, en: Greco/Martins (Coords.), *EH-Juarez Tavares*, 2012, 265, señala que el «ejemplo de la isla», en general, «parece ser visto como una de las más inaceptables consecuencias del retribucionismo, como una *reductio ad absurdum* de esa teoría». En realidad, los planteamientos de Kant y Hegel no son «absolutos»: que estos no persigan «fines sociales» no quiere decir que no tengan fines, pues, de hecho, los tienen: la realización de la justicia y el restablecimiento del ordenamiento jurídico, respectivamente. Al respecto, Meini, *Derecho PUCP* 71 (2013), 147. Asimismo, el mencionado «ejemplo de la isla» debe ser entendido en su contexto: al aludir a tal ejemplo, Kant lo vincula con el *ius talionis*, que constituye, como se dijo antes en el cuerpo del texto, la única medida posible de proporcionalidad para castigar el mal producido por el delito. Al respecto, por todos, Sánchez-Ostiz, *Imputación*, 2008, 157 ss.; Hruschka, *ZStW* 122 (2010), 500.

¹⁴⁹ Ortiz de Urbina Gimeno, en: Carnevali (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 428.

¹⁵⁰ Así, la crítica de Roxin, GA 2015, 188.

responder a la pregunta de cuándo se impone, sino también a la de cuándo es posible renunciar a ella. En esa línea, un planteamiento retributivo sostenido sobre una base deontológica no podría brindar una explicación satisfactoria al respecto: tal planteamiento supondría que siempre y sin excepciones («aunque la sociedad se disuelva», como expresó Kant) se ha de penar. Sin embargo, el solo merecimiento, si bien es necesario, no sería suficiente para imponer una pena: se dice que debe concurrir una consideración referida a la necesidad¹⁵¹. Pues bien, considero que las dos consecuencias (y las correspondientes críticas) de la adopción de una teoría retributiva sostenida sobre una ética deontológica no necesariamente desvirtúan por completo la posibilidad de argumentar a favor de una teoría retributiva que se apoye en una orientación moral distinta. Se propone aquí, entonces, fundamentar una teoría de la (imposición) de la pena desde una perspectiva retributiva sostenida en una ética consecuencialista¹⁵².

La pretensión consistente en legitimar la pena estatal desde una perspectiva retributiva sostenida en una ética consecuencialista se inscribe en un proyecto mayor y que hasta este momento solo ha sido enunciado: la distinción entre una teoría de la norma y una teoría de la pena. Aquí no es posible llevar a cabo una exposición amplia sobre esa distinción¹⁵³. Por eso, solo me limitaré a ofrecer unas breves aseveraciones al respecto, específicamente referidas a las consecuencias de que la doctrina mayoritaria haya concentrado su atención en la teoría de la pena en detrimento de la teoría de la norma. En primer lugar, se ha considerado que, como la amenaza de pena es general (se «dirige a todos»¹⁵⁴), entonces la norma (el mandato o la prohibición), subyacente al precepto penal que contiene aquella amenaza, tiene esa misma naturaleza, es decir, también es una norma «abstracta» y «general» que «se dirige a todos»¹⁵⁵. Esta comprensión de la norma, en mi opinión, no es convincente. Primero, porque supone la adopción de un concepto de norma que solo es tal en virtud de su vinculación con una amenaza penal¹⁵⁶ y que, en última instancia, hace que la norma

¹⁵¹ Al respecto, señala García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 20, que «Una pena merecida pero socialmente inútil se parecería demasiado a algo así como una venganza social sin más móvil que la venganza misma. Con todo esto estoy sentando *que el merecimiento de la pena debe ser condición necesaria, pero no siempre es condición suficiente*» (cursiva en el original).

¹⁵² Sobre esta propuesta, Moore, *Placing Blame*, 1997, 153 ss. También, con detalle, Mañalich, EP 108 (2007), 117 ss.

¹⁵³ Esta distinción conceptual no puede ser ampliada en el presente trabajo. Solo será suficiente con decir que mientras una teoría de la norma se concentra en justificar la norma y en profundizar analíticamente los alcances de la relación entre la norma primaria y la conminación de la pena (esto es, si la norma primaria, dirigida al ciudadano, contiene o no, dentro de su propia definición, a la conminación penal), la teoría de la pena se concentra esencialmente en la imposición de la pena.

¹⁵⁴ Así, ya Merkel, DP. PG., 1905, 258.

¹⁵⁵ Por todos, Luzón Peña, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 5/38, 12/17.

¹⁵⁶ Este concepto de norma refleja el modelo que Engländer, RW 2013, 194 ss., denomina «*Sanktionsmodell*», el que, además, se contraponen al «*Standard-Modell*» (este último es, a mi juicio, el modelo correcto). Creo que si la norma primaria tiene esta condición de manera independiente a la conminación penal a la que va unida por medio del precepto penal, entonces la indudable vocación de generalidad de los efectos de la conminación penal no tendría por qué repercutir sobre la concepción de la norma.

no se diferencie de la conminación penal¹⁵⁷. Segundo, porque la norma, si es genuinamente entendida como un mensaje prescriptivo, esto es, como un mandato o una prohibición, necesita entonces de un destinatario idóneo¹⁵⁸. La denominada «norma primaria» (o «norma de conducta», como suele ser caracterizada en la doctrina alemana) solo puede dirigirse a quien, en la concreta situación en la que se encuentra, posea las condiciones individuales para cumplirla¹⁵⁹.

En segundo lugar, la comprensión de la norma jurídica desde una perspectiva lógico-formal, esto es, como una proposición en la que concurren un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, oculta, nuevamente, que la norma y la pena son entidades distintas. Que se señale frecuentemente que el delito es todo aquel supuesto de hecho contemplado en la ley que tiene como consecuencia jurídica a la pena es, a mi modo de ver, el resultado de esa perspectiva lógico-formal¹⁶⁰. Ante esta, valdría la pena rescatar el planteamiento de autores que sostenían que la pena era la consecuencia de la infracción de una obligación¹⁶¹. La tradicional concepción de la norma desde una perspectiva lógico-formal conduce al ocultamiento de la idea de que en la base del precepto penal hay un mandato o prohibición que impone un deber que es el que en definitiva se infringe por el destinatario idóneo y que constituye el sustrato material de su culpabilidad, la que a su vez es presupuesto irrenunciable para la imposición de la pena¹⁶².

¹⁵⁷ En efecto, conforme a las mayores necesidades de prevención, se asigna a la conminación penal un supuesto fin preventivo-general que a la larga no solo repercute en una comprensión de la norma de la que difícilmente se diferencia (así, por ejemplo, Silva Sánchez, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 576, quien señala que «conviene no olvidar que la motivación mediante normas constituye el mecanismo fundamental a través del cual el Derecho penal cumple su misión de prevención general»), sino que también conduciría a la disolución de la útil distinción entre conminación penal e imposición de la pena, lo que permitiría, en última instancia, que a esta última dimensión de la pena se le asignen pretensiones preventivo-generales, con lo que se tolera la entrada en juego de una instrumentalización del penalmente castigado (a quien se impone una pena en nombre de esas pretensiones preventivo-generales, negativas o positivas).

¹⁵⁸ Al respecto, recientemente, Rostalski, en: Schneider, A./Wagner (Eds.), *Normentheorie*, 2018, 105 ss. También, con múltiples referencias, Molina Fernández, *Antijuridicidad*, 2001, 289 ss., 489 ss.

¹⁵⁹ No es una coincidencia que, así como la norma solo se dirige a quien tiene la capacidad de motivarse por ella (el destinatario idóneo), la pena solo pueda imponerse a un individuo culpable. Este, no siendo un dato menor, al parecer, no ha sido comprendido en toda su dimensión. Parte de la justificación moral de la imposición de la pena (que es un mal) tiene que ver con el hecho de que esta imposición se produzca sobre un culpable, esto es, que reúna las condiciones para ser reprochado individualmente por su propio hecho. Si la norma primaria solo se dirige a un imputable (a quien comprenda la norma y pueda comportarse conforme a esa comprensión) y si la pena solo puede imponerse a un imputable, entonces los elementos que han de concurrir para afirmar que la norma primaria se ha infringido (mejor dicho, el deber que impone dicha norma) han de ser necesarios (pero no suficientes, como se verá) para la imposición de una pena.

¹⁶⁰ Esto es verificable ya en la obra de Kelsen, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 53, quien señaló: «el injusto no es negación, sino condición del Derecho». Según Larenz, *Metodología*, 2.ª ed., 2001, 97, el que la norma que prescribe conductas pase a segundo plano con respecto a la sanción, condujo a Kelsen a cambiar de sentido el significado tradicional que «lo antijurídico» tiene en el Derecho.

¹⁶¹ Merkel, DP. PG, 1905, 254.

¹⁶² Plantea consideraciones normológicas en su exposición sobre la teoría de la pena, Renzikowski, en: Matt/Renzikowski, *StGB Kommentar*, 2013, Intr./3. También, Meini, *Derecho PUCP* 71 (2013), 147.

5.5. *Legitimación de la imposición de la pena frente al individuo y frente a la sociedad*

Las breves aseveraciones acabadas de exponer, referidas a la teoría de la norma, expresan la vinculación de esta con la pena como retribución. La teoría de la norma es, precisamente, la que permite configurar toda la carga argumental con la que justificar frente al individuo la imposición de la pena. Esa carga argumental alude necesariamente a las razones por las que ese individuo es merecedor de un mal. Esas razones se concentran, esencialmente, en hacerle ver que ha infringido un deber que le impuso una norma que a él se dirigía y que él es culpable por la infracción de ese deber.

Un juicio personalizado de merecimiento no es más que el cumplimiento de la exigencia, ya señalada por Kant, referida a establecer que el individuo sea considerado ya como «digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos»¹⁶³. Un juicio personalizado de merecimiento, por tanto, es aquel proceso argumentativo orientado a explicarle al propio individuo por qué se le ha de imponer una pena. El merecimiento de pena refleja, dicho de manera abreviada, la infracción culpable del deber de actuación o de abstención por parte del destinatario idóneo del correspondiente mandato o prohibición. La culpabilidad, afirmada mediante la infracción del deber impuesto por la norma, no hace más que ser la razón, argüida frente al individuo, por la que se le impone una pena, la que debe ser expresión de una respuesta merecida por la comisión del correspondiente hecho. Si la retribución ha de ser «justa»¹⁶⁴, entonces debe constituir una respuesta merecida, conforme a la proporcionalidad y a la culpabilidad del individuo o, dicho en otras palabras, debe reflejar una «compensación de la culpabilidad»¹⁶⁵. Por tanto, la idea de la retribución es, esencialmente, que la pena ha de corresponder a la culpabilidad del autor. Esta argumentación se refiere a la legitimación de la pena frente al individuo.

Ahora bien, se suele señalar que la perspectiva acabada de exponer es insuficiente, pues si bien justifica la pena frente al individuo, no la justifica frente a la sociedad, es decir, no permite que a los demás miembros de la sociedad se les explique el porqué de la imposición de la pena. Asoma nuevamente, por ese planteamiento, la objeción de que una concepción retributiva no podría explicar por qué el Estado, de ser el caso, debe renunciar total o parcialmente a la imposición de la pena que, aunque merecida, no es necesaria¹⁶⁶. Los inconvenientes de una concepción retributiva

¹⁶³ Kant, MdS AA 331.

¹⁶⁴ Merkel, DP. PG., 1907, 272.

¹⁶⁵ Walter, *LH-Schröder*, 2018, 101.

¹⁶⁶ Roxin, GA 2015, 188. Debo expresar aquí algunas consideraciones sobre esta objeción. Al parecer, esta crítica a la retribución se basa en la idea de que esta teoría no podría explicar por qué en casos de delitos leves, resultaría preferible no castigar, es decir, atender primordialmente a consideraciones de necesidad (social) pese a la concurrencia de merecimiento. Roxin, para explicar esta objeción, señala que la teoría de la

de la pena quedarían en evidencia, entonces, cuando se introducen consideraciones referidas a la necesidad concreta o general de pena, las que, se dice, solo podrían ser apropiadamente entendidas desde la perspectiva de una orientación preventiva (referida a la evitación de delitos)¹⁶⁷.

De lo hasta ahora expuesto puede sostenerse que la legitimación de la pena frente al individuo parece ser solo una dimensión de la legitimación¹⁶⁸. Aquella debe legitimarse, también, frente a la sociedad. Esto se realiza comunicándole a la sociedad que la pena que se impone a un individuo es una «pena justa», es decir, una pena conforme a lo que la sociedad entiende como pena justa: una pena concreta –la pena impuesta– ha de ser acorde con la representación que la sociedad tenga sobre «lo justo» de la pena. La imposición de la pena (frente al autor) debe reflejar, además, una representación de la justicia (frente a la sociedad)¹⁶⁹. Por tanto, una pena «justa» es una pena merecida (por el autor) y necesaria (para la sociedad). Este planteamiento puede encontrarse ya, por ejemplo, en Merkel, que sostuvo que «la legitimación ética de la pena jurídica proviene de la coincidencia entre el juicio o apreciación tocante al valor de un acto, juicio a que la pena misma sirve de expresión práctica, y las concepciones éticas y los juicios sobre el valor de los actos que en el pueblo dominan»¹⁷⁰.

5.6. Reformulación de la idea de «prevención» desde la perspectiva de una teoría de la retribución

Si lo hasta aquí propuesto ha quedado claro, se ha de volver ahora a la idea de «prevención», sobre la que en este lugar se propone una redefinición. La dimensión referida a la «necesidad» de la pena, con la que se legitima su imposición frente a la sociedad, no tiene nada que ver, en mi opinión, con el «prevenir delitos», sino, como se dijo, con el «reflejar lo que la sociedad considera como justo». El «quitarle de la

retribución no explica cómo el Estado, ante «delitos leves y de mediana gravedad», puede renunciar a la pena, siempre que no exista «interés público» en la persecución penal (§§ 153, 153 a StPO). Sin embargo, esta objeción parece estar condicionada a la existencia de la pena privativa de libertad como única respuesta estatal al delito. Claramente, este no es el caso en Alemania, en donde existen medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Que no se imponga este tipo de pena a un individuo por la comisión de un delito leve no supone que «no se haga justicia»: en realidad, sucede que, en lugar de esa reacción, se podría aplicar una pena de otra clase (distinta a la pena privativa de libertad). Asimismo, que el penado no ingrese a un establecimiento penitenciario no significa que «no se haga justicia», pues la pena, pese a ser impuesta, puede ser suspendida en su ejecución. Por lo tanto, se podría decir, frente a Roxin, que sí existiría un «deber de hacer justicia», lo que supone «una persecución sin excepciones de hechos punibles», sin que necesariamente esto suponga que, en todos los casos, se imponga una pena privativa de libertad.

¹⁶⁷ Roxin, GA 2015, 188.

¹⁶⁸ Altenhein, en: *GS-Keller*, 2003, 2.

¹⁶⁹ Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 121, quien señala: «Desde mi punto de vista, es, por lo menos, probable que el autor admita su pena de mejor manera si ella se orienta en principio por representaciones de justicia ampliamente difundidas».

¹⁷⁰ Merkel, DP. PG., 1905, 255 (cursiva en el original).

cabeza a otras personas sus inclinaciones a delinquir»¹⁷¹ es algo que le correspondería explicar no a una teoría de la pena (enfocada, como se dijo, en la legitimación de la imposición de la pena), sino a una teoría de la norma (en la que la norma primaria, como mandato o prohibición, se relaciona con la conminación penal). Una teoría de (la imposición de) la pena, por tanto, no respondería a las necesidades de seguridad de la sociedad (como postularía una perspectiva genuinamente preventiva), sino que respondería a sus propias necesidades de legitimación frente a la sociedad, esto es, siendo conforme con lo satisfactorio que es para la sociedad que se impongan penas justas o con lo insatisfactorio que es para la sociedad que se impongan penas injustas¹⁷². De esta manera, la pena concreta se justifica frente a la sociedad si esta se satisface (esto es, si visualiza y comprende al individuo sobre quien recae una pena concreta como un merecidamente castigado) o no se satisface (esto es, si visualiza y comprende al individuo como una víctima del Estado) con la pena concreta, es decir, si esta refleja la preservación del respeto del Estado por la libertad individual aun en el marco de la imposición de la medida más contundente e intensa que tiene a disposición. La necesidad de pena, por tanto, se traduce en términos de satisfacción o insatisfacción desde la perspectiva de la libertad (conforme al deber –que recae sobre un Estado moderno que protege normativamente la libertad– de imponer penas justas: no excesivas ni tampoco benignas).

Si el planteamiento acabado de exponer es plausible, entonces la fundamentación de una teoría retributiva sostenida no sobre una ética deontológica, sino sobre una ética consecuencialista, parece viable. Precisamente, esa fundamentación podría brindar una respuesta solvente a la problemática que surge de la comprensión de la retribución entendida sobre una ética deontológica, esto es, permitiría responder a la crítica consistente en que una teoría retributiva no puede explicar por qué no ha de

¹⁷¹ Roxin, GA 2015, 188.

¹⁷² Debe quedar claro que, con este planteamiento, no se trata de que mediante la pena se satisfaga moralmente a la víctima. Creo que puede ser intuitivamente admisible la idea de que la víctima, por lo general, querrá siempre la imposición de una pena alta y, por tanto, desproporcionada. La imposición de la pena, fundada tanto en una perspectiva retributiva (en el merecimiento) como en una perspectiva preventiva (evitación de delitos), no busca la satisfacción moral de la víctima. Posiblemente no sea moralmente correcto rechazar que la víctima desee que el delincuente «pague» por la maldad de su acción, así como tampoco lo sea que la víctima desee que ese «pago» suponga el reflejo de la pena más gravosa posible. Pero eso no ha de tomarse en cuenta para la imposición de una pena. Una pena proporcionada fundamentada en la culpabilidad, así como una pena justificada solamente en criterios preventivos, podría satisfacer moralmente a la víctima. Pero eso no quiere decir que esto sea un criterio que se tome en cuenta para imponer la pena. Si por razones preventivas se impone una pena desproporcionalmente alta, la satisfacción moral de la víctima (venganza) podría ser mayor (por lo general, esto sucede). Pero, precisamente, la imposición de la pena no puede reflejar venganza de ningún tipo. Que esto es así no solo queda reflejado en el hecho de que el Estado «desubjetiviza» el hecho, institucionalizando el castigo y prohibiendo incluso la venganza (justicia por mano propia), sino en el hecho de que, mediante esa prohibición, el Estado manifiesta que su respuesta institucional no se condiciona a la satisfacción moral de la víctima (la pena estatal no puede ser «instrumentalizada» para la satisfacción de venganzas privadas), quedando esta, posiblemente, limitada al ámbito de la reparación civil (compensación con la indemnización por el daño producido). Como señala García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 13, «la pena no compensa a la víctima, salvo que concedamos una forma adicional de compensación moral».

imponerse una pena merecida pero no necesaria. En efecto, creo que, desde el enfoque que aquí se propone, es posible tomar en cuenta el merecimiento como razón legitimadora de la imposición de la pena frente al individuo, por lo que, solo después de la superación de este irrenunciable estadio, se puede pensar en consideraciones referidas a la necesidad, esto es, a la legitimación de la imposición de la pena frente a la sociedad. Esto no es más que un intento de concreción de lo exigido por Kant: solo después de considerar al sujeto como digno de castigo, se puede pensar en extraer, de tal castigo, consecuencias para otros.

5.7. Merecimiento y necesidad en la imposición de la pena como retribución

Si una pena concreta debe ser acorde con la representación que la sociedad tiene sobre lo justo de la pena, entonces esa pena, para ser justa, ha de ser una pena *merecida y necesaria*. Una pena merecida y no necesaria no será justa, por lo que no podrá imponerse. Tampoco una pena no merecida pero necesaria será justa, por lo que no podrá imponerse. En ambos casos, se tratan de penas insatisfactorias para la sociedad (y, en definitiva, injusta a los ojos de esta). El planteamiento que aquí se defiende, por tanto, ha de tomar en cuenta dos dimensiones para la imposición de la pena, bajo la consideración de que el merecimiento no constituye la única justificación de la imposición de la pena estatal, así como tampoco la necesidad se convierte en la única justificación de la imposición de la pena estatal. Ambas dimensiones, sin embargo, son inseparables, pues solo su comprensión conjunta permite entender en todo momento al ciudadano como sujeto moral: tanto el merecimiento (el irrenunciable momento de la culpabilidad) como la necesidad (el irrenunciable momento de la no instrumentalización) deben concurrir para la imposición de una pena justa¹⁷³.

¹⁷³ En realidad, el planteamiento que aquí se propone no admitiría la idea de una pena merecida pero no necesaria. Esta idea, que fue expresada desde la orilla de la prevención a manera de crítica a la teoría retributiva, proviene, naturalmente, de una perspectiva por la que se pretende legitimar la pena con la idea de la «prevención» (evitación de la comisión de futuros delitos). Sin embargo, si, como se ha dicho en el cuerpo del texto, la «prevención» deja de ser entendida de esa manera, entonces, una pena merecida pero no necesaria sería aquella que no corresponde con lo que la sociedad considera como una pena justa: por ejemplo, una pena de multa en lugar de una pena privativa de libertad. De esto podría deducirse que una pena merecida y no necesaria no es una pena justa (a un sujeto que comete culpablemente un hecho –sustrato del merecimiento de pena– es *necesario* imponerle una pena que compense esa culpabilidad: una pena privativa de libertad, en caso de que esa culpabilidad sea alta, o una multa, en caso de que esa culpabilidad sea leve), así como que una pena no merecida pero necesaria tampoco es justa (a un sujeto que no es culpable por el hecho, no hay pena que se le pueda imponer, pues para la sociedad, *no es necesario* imponer una pena a un no culpable). Reitero, en todo caso, que, al parecer, todo depende de cómo se entienda a la «necesidad»: si esta se entiende como la «prevención de futuros delitos», entonces una pena merecida podría no ser necesaria desde esa perspectiva (piénsese en un delito leve: al autor de este, posiblemente, desde la perspectiva de la prevención, se podría decir que *no es necesario* imponerle una pena); sin embargo, si se entiende como «el reflejo de lo que la sociedad considera como justo», entonces *una pena merecida siempre será necesaria*, lo que no supone en todo caso el ingreso del individuo merecedor de pena a un establecimiento penitenciario, sino solo que se aplique la clase de pena que el Estado tiene a su disposición y mediante la cual se compense de la manera más apropiada su culpabilidad (pena limitativa de derechos, pena de multa, etc.). Por lo demás, la crítica de la «pena merecida pero no necesaria», formulada frecuentemente frente a la retribución, posee una deficiencia: si desde la perspectiva de la prevención hay supuestos en los que la pena es merecida pero no necesaria y, por tanto, aquella

Vale la pena mencionar aquí que, en todo caso, la doctrina mayoritaria reconoce también la idea de que una pena solo ha de ser impuesta si es merecida y necesaria. Si la pena es merecida (concorre culpabilidad en el individuo), pero no necesaria (por consideraciones preventivas, esto es, de evitación de futuros delitos), entonces esa pena no podría imponerse. Esto responde a la premisa, ya conocida, de que la culpabilidad solo puede ser fundamento negativo y no positivo de la imposición de la pena, es decir, de que la culpabilidad limita, pero no fundamenta¹⁷⁴. A esta comprensión subyace la idea de que la pena solo puede ser legítimamente impuesta si así se obtiene un beneficio social neto dentro de la medida del merecimiento del penado¹⁷⁵. Sin embargo, resulta innegable la impresión de que, aún en casos en los que no concurren consideraciones preventivas (referidas a la evitación de futuros delitos), la pena tendría que imponerse¹⁷⁶. Sostener, entonces, que la imposición de la pena depende de consideraciones preventivas puede llegar a ser incompatible con una intuición moral básica sobre la procedencia de la imposición de la pena y sobre su justificación únicamente mediante el merecimiento. Y para salvar esta objeción no procede argumentar que, en esos casos, pese a la ausencia de necesidades preventivas en el caso concreto, la pena tendría que ser igualmente impuesta, bajo los argumentos de que el castigo de otros casos similares en los que sí concurren las necesidades preventivas (y que faltan en el caso concreto) permitan la obtención de un beneficio social neto y de que la necesidad de observancia de una igual justicia exigiría que el culpable, en ese caso concreto, también sea penado¹⁷⁷. Esto, en realidad, no es más que una

pena no tendría que imponerse (esto es algo que, se dice, no puede evitar una teoría de la retribución, que ha de exigir siempre la imposición de una pena), entonces, habría que pensar seriamente si el hecho que constituye la base de esa «ausencia» de necesidad debería ser considerado un delito. Si el hurto de un bien mueble de poco valor supone, desde la perspectiva del merecimiento, la infracción culpable del deber correspondiente a la prohibición de apropiarse de bienes ajenos establecido en el CP, pero, desde la perspectiva de la necesidad, la pena a imponer no refleja una «protección de bienes jurídicos» (al respecto, Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/8), entonces habría que pensar si el mencionado hecho debería ingresar al ámbito de lo jurídico-penalmente relevante (si no hay necesidad de castigar tal hecho, entonces su inclusión en el CP parece injustificada).

¹⁷⁴ Roxin/Greco, AT, 5.ª ed., 2020, § 3/59. Sin embargo, la consideración de la culpabilidad como una condición necesaria pero no suficiente (o, en otras palabras, la consideración de la culpabilidad solo como límite, pero no como fundamento) no es compatible con las intuiciones morales básicas sobre la pena como institución jurídica. Esto aconseja, entonces, abandonar una teoría pluralista o mixta de la justificación de la pena.

¹⁷⁵ Mañalich, EP 108 (2007), 134.

¹⁷⁶ Y justificarse solo en el merecimiento (que, para ese sector doctrinal, es solo un aspecto «negativo» de la imposición de la pena).

¹⁷⁷ Como señala Moore, *Placing Blame*, 1997, 102, se trata de la introducción de consideraciones de «justicia formal» mediante la que los defensores de una concepción mixta pueden afirmar la posibilidad de imponer una pena solo cuando concorra merecimiento, pero no necesidad. En este caso, expone Moore, habría que imponer una pena si y solo si «hay una ganancia social neta de ese castigo y el delincuente lo merece» o «hay una ganancia social neta del castigo a otros delincuentes y una igual justicia (*equal justice*) exige que este delincuente sea castigado si aquellos otros delincuentes son castigados» (cursiva en el original). Esto, sin embargo, demuestra la introducción encubierta de un argumento retributivo. Así, Moore, señala que «Igualdad (*equality*) exige que los casos iguales sean tratados igual, pero la pregunta crucial es siempre “¿Cuáles son los aspectos relevantes en los que un caso debe ser como otro caso para ser merecedor de un trato similar?”». Los defensores de una solución como la expuesta dirían que el único aspecto relevante sería el merecimiento, «pero

concesión, ciertamente encubierta, de la trascendencia del merecimiento de pena en casos en los que las necesidades preventivas (referidas a la evitación de futuros delitos) concurren o no.

5.8. *Dos consecuencias normológicas de la teoría de la retribución propuesta*

Una teoría retributiva como teoría para la legitimación de la imposición de la pena hace posible establecer no solo con mayor claridad, sino también con mayor corrección la relación que ha de existir entre la teoría de la norma y la teoría de la pena. Esto es así pues una teoría retributiva con la que justificar la (imposición de la) pena contiene necesariamente una previa legitimación de la norma de conducta cuya infracción constituye el presupuesto de la punición¹⁷⁸. Debe quedar claro, entonces, que la retribución implica un juicio de merecimiento que, como se dijo, expresa la infracción del deber impuesto por una norma de mandato o prohibición. Si esto es así, será posible reconocer ciertas exigencias que han de recaer sobre el legislador, referidas a la propia definición de aquella norma¹⁷⁹. Si una norma es entendida en un sentido imperativo, esto es, como un mensaje prescriptivo, un mandato o prohibición que impone, respectivamente, un deber de hacer o de abstenerse, entonces, esa norma debe ser *legítima*¹⁸⁰. ¿Cómo se establece la legitimidad de una norma de conducta? En todo caso, ¿Cuáles son las condiciones de la legitimidad de un mandato o una prohibición? Si bien la legitimidad de una norma queda indicada en el hecho de que su quebrantamiento justifica ya un reproche jurídico-penal¹⁸¹, esto no es suficiente,

seguramente un defensor de una concepción mixta está comprometido a decir que el merecimiento y la ganancia social neta son relevantes para la punibilidad, de tal manera que una persona cuya pena no sirva a ambas no es igual que una persona cuya pena sirva a ambas finalidades». Sobre este debate, con más referencias, Mañalich, EP 108 (2007), 135 ss., quien, al respecto, señala «Juzgar las dos clases de casos como iguales presupone la identificación del merecimiento de pena por culpabilidad como la única propiedad moralmente relevante».

¹⁷⁸ Moore, *Placing Blame*, 1997, 70.

¹⁷⁹ Moore, *Placing Blame*, 1997, 71. Debe señalarse aquí que el Derecho penal no puede castigar cualquier conducta. Esto es algo, creo, difícilmente cuestionable. Solo aquellas conductas socialmente dañosas (que suelen ser, además y por regla general, aunque no necesariamente, conductas moralmente reprochables) que atentan contra bienes jurídicos más importantes serán objeto de atención por parte del Derecho penal. La forma cómo el Derecho penal expresa su atención en esas conductas es, sin duda, mediante las normas jurídico-penales, las que constituyen la única forma que tiene el Estado para que, mediante el Derecho penal, pueda relacionarse con sus ciudadanos.

¹⁸⁰ Esto parece haber sido manifestado ya hace tiempo por Roxin, en: Roxin, *Problemas actuales*, 1976, 13, en el marco de su crítica a la teoría de la retribución. Sobre esta, señaló que «no explica en absoluto cuándo se tiene que penar, sino que dice tan solo: “Si ponéis –con los criterios que sea– una pena, con ella tenéis que retribuir un delito”. Queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar. Así pues, la teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite, en cuanto al contenido, a la potestad penal estatal. No impide que se incluya en el Código Penal cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, efectivamente se le castigue; en tanto en cuanto, da un cheque en blanco al legislador. Así se explica también su aplicabilidad, que ha perdurado a cualquier cambio constitucional desde el absolutismo hasta hoy, y que revela desde este punto de vista no solo una debilidad teórica sino también un peligro práctico».

¹⁸¹ Moore, *Placing Blame*, 1997, 71, quien señala: «(...) la justicia retributiva se obtiene solo si conductas moralmente injustas son castigadas, no cuando conductas moralmente permitidas u obligatorias son castigadas».

ya que esa legitimidad debe ir más allá de la propia desobediencia a la norma: debe tomarse en consideración el interés o, en otras palabras, el bien jurídico que se encuentra en la base de la propia norma, pues ese interés protegido es el punto de contacto entre la norma y el Estado, de tal manera que la imposición de una pena, sostenida en la retribución, no se basa en la mera desobediencia a una norma de cualquier contenido o en cualquier tipo de Estado. La norma, por tanto, ha de legitimarse desde una perspectiva consecuencialista: un mandato o prohibición es legítimo si el cumplimiento (esto es, la correspondiente acción o abstención) supone una ventaja para el destinatario¹⁸².

La teoría de la retribución propuesta también puede tener repercusiones en el ámbito de la ejecución de la pena. Si el Estado se relaciona con los ciudadanos mediante normas, esto es, mandatos o prohibiciones que, en las circunstancias concretas, les imponen deberes de hacer o de abstenerse, respectivamente, es porque solo mediante tales normas se puede satisfacer tanto la perspectiva del Estado como la perspectiva del ciudadano. La libertad del ciudadano puede ser limitada razonablemente mediante normas. Entonces, el Estado solo puede utilizar las normas, que son un instrumento falible, pues es la única forma que cuenta aquel para que no se cometan delitos: una norma necesita de un destinatario dispuesta a cumplirla, lo que es lo mismo que decir que una norma solo puede ser eficaz si es que el destinatario se deja motivar y decide que ella sea eficaz. El delito, por tanto, para el ciudadano, *siempre* es una opción¹⁸³. Lo mismo sucede con el culpable e ingresado en prisión: si en libertad, como ciudadano, se le reconocía materialmente la posibilidad de cometer delitos, en prisión, como penado, esa posibilidad se le debe seguir reconociendo¹⁸⁴. La denominada «resocialización», por tanto, no puede presentarse como una excusa habilitante de la manipulación de la conducta o de la conciencia individual¹⁸⁵. Se puede, en prisión, como máximo, exhortar al penado a reconsiderar el uso de su libertad y a demostrarle lo conveniente de valorar positivamente la libertad de todos.

5.9. *Distanciamiento de la prevención general positiva*

Un último asunto que aquí ha de ser destacado es el referido a la relación entre la teoría de la retribución y la teoría de la prevención general positiva¹⁸⁶. Esto es así pues en la literatura jurídico-penal se ha señalado que el «renacimiento» de la retribución como teoría de la pena obedece, en parte, a la teoría de la prevención general

¹⁸² Al respecto, ampliamente, Kindhäuser, GA 1989, 494; Mañalich, EP 108 (2007), 142.

¹⁸³ Así, García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 14, señala correctamente que «El sistema penal contempla el delito como opción libre que la sociedad reconoce al ciudadano, el cual normativamente no debe delinquir, pero materialmente sí puede, y dicha posibilidad no se quiere suprimir».

¹⁸⁴ Naturalmente, una vez que ha salido de prisión, al individuo también habrá que reconocerle esa posibilidad material de cometer nuevos delitos.

¹⁸⁵ García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 14.

¹⁸⁶ Destaca esta relación, por todos, Jakobs, AT, 2.^a ed., 1991, § 1/34 (=DP. PG., 1997, § 1/34)

positiva¹⁸⁷. Independientemente de la relación que pueda haber entre ambas teorías, parece ser que aquella es, en realidad, la demostración de que el modelo preventivo y el retributivo podrían concurrir en el discurso legitimador de la pena¹⁸⁸. Esto no es nada nuevo: ya en los planteamientos de Kant¹⁸⁹ y Hegel¹⁹⁰ (contemplados tradicionalmente como propios de una «teoría absoluta») era posible encontrar ideas referidas a los efectos preventivos de la pena, por lo que sería admisible afirmar que el modelo preventivo no era ajeno en ninguno de ellos¹⁹¹.

En todo caso, considero que, frente al planteamiento aquí desarrollado (retribución como imposición de la pena) no podría oponerse una objeción consistente en afirmar que tal planteamiento es difícilmente distinguible del que corresponde a la prevención general positiva¹⁹². Es cierto, como se ha dicho, que la referencia a la proporcionalidad de la reacción con la gravedad social del hecho (algo que caracteriza a todas las concepciones retributivas) puede encontrarse también en la prevención general positiva¹⁹³. Esto, en mi opinión, confirma que ambas teorías (la retribución y la prevención general positiva) se concentran en la dimensión de la imposición de la pena (y no en la conminación penal). Ahora bien, considero que el problema de la prevención general positiva radica en que sigue siendo entendida como «prevención», lo que supone que, por su propia definición, tenga que ver al futuro y no necesariamente (o solamente) al pasado. Entonces, al seguir siendo «prevención», la mirada prospectiva (concentrada en la evitación de futuros delitos) debe ser tomada en cuenta para la imposición de la pena. Si esto es así, se justificaría la imposición de la pena mediante consideraciones preventivas que son ajenas al «pasado», esto es, al hecho cometido por el individuo a quien se le ha de imponer la pena. La teoría de la prevención general positiva, por tanto, justifica la imposición de la pena frente a la sociedad (de las formas más variadas, condicionadas a la «versión» de la teoría

¹⁸⁷ Frisch, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, 125. La relación entre la teoría de la prevención general positiva y la retribución está ampliamente difundida. Por todos, Díaz y García Conlledo, en: Presno Linera/Rivaya (Coords.), *Introducción*, 2006, 98.

¹⁸⁸ Martins, ZIS 10/2014, 514.

¹⁸⁹ Sobre Kant, véase Altenhein, en: *GS-Keller*, 2003, 2 ss.; Byrd/Hruschka, JZ 2007, 957 ss.; Sánchez-Ostiz, *Imputación*, 2008, 153 ss.; Hruschka, ZStW 122 (2010), 493 ss., Cordini, RD 2014, 671 ss.

¹⁹⁰ Sobre Hegel, véase Merle, JRE 2003, 145 ss.; Jakobs, *Pena estatal*, 2006, 129; Feijóo Sánchez, *Pena*, 2014, 40 ss.; Roxin, GA 2015, 188 s.

¹⁹¹ Con más referencias, Seelmann, en: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, 79.

¹⁹² Al respecto, por todos, Andrissek, *Vergeltung*, 2017, 64. Incluso la perspectiva de Andrissek, quien –siguiendo a Walter– defiende una teoría de la retribución «empírico-sociológica», admite que esta puede entenderse como una variante de la teoría de la prevención general positiva. Por otro lado, llama la atención que a Feuerbach se le haya considerado como un «teórico de la retribución» señalando que su planteamiento referido a la imposición de la pena (que, como se sabe, constituía la confirmación de la conminación penal, esto es, la confirmación de que ella era una «amenaza seria») era, en realidad, una teoría de la retribución. Esta crítica manifiesta lo que aquí pretende ser destacado: en la época de Feuerbach las teorías que hoy son consideradas propias de la prevención general positiva eran vistas como teorías de la retribución. Queda clara entonces la arraigada vinculación entre ambas teorías. Sobre esto, con múltiples referencias, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 362 ss.

¹⁹³ Al respecto, por todos, Peñaranda Ramos, RPDJP 2001, 415.

que se considere correcta: el mantenimiento de la conciencia jurídica de los demás miembros de la sociedad, el ejercicio de fidelidad al Derecho o el mantenimiento de la vigencia de la norma)¹⁹⁴, pero no frente al individuo o, en todo caso, no la justifica frente a este último de manera convincente¹⁹⁵. El lenguaje con el que la prevención general positiva justifica la pena al individuo, entonces, es un lenguaje que este no entiende (y tampoco debería hacerlo): el mal que se le impone se justifica porque mediante él se producen efectos positivos para la generalidad¹⁹⁶. Si se regresa a Kant, se podría decir que la diferencia entre el planteamiento que aquí se defiende y la prevención general positiva radica en que esta última opera tomando en cuenta, en primer lugar, la utilidad del castigo para el individuo y solo después inquiere sobre si aquel es digno de ser castigado. El recurso a alguna de las versiones de la teoría de la prevención general positiva para justificar el sufrimiento del individuo (pues la pena es un mal), no significa más que la exigencia a este de un sacrificio altruista, esto es, convertirse de manera simbólica en solo una representación de que, para los demás miembros de la sociedad, su conciencia jurídica se mantiene vigente (o cualquier otra consecuencia sociopsicológica que enarbole la correspondiente «versión» de la teoría de la prevención general positiva)¹⁹⁷. Esta teoría, entonces, no puede superar su principal objeción: la no observancia de la restricción deontológica de la prohibición de instrumentalización del individuo¹⁹⁸.

Conforme a la pretensión referida al enlace entre la prevención y la retribución, la teoría de la prevención general positiva propone que su finalidad preventiva (fortalecimiento de la conciencia jurídica general) solo se puede lograr mediante una pena justa, esto es, una pena que se corresponde con la medida de la culpabilidad del autor. En esto la teoría de la prevención general positiva tampoco es suficiente: la «conciencia jurídica general» puede alterarse con motivo de los requerimientos o

¹⁹⁴ Peñaranda Ramos, RPDJP 2001, 420, señala que las diversas versiones de la prevención general positiva (a excepción de la de Jakobs) les correspondería la denominación de «prevención de integración», ya que «resaltan en la pena una función de psicología o pedagogía social». Además, el autor citado afirma que la crítica generalizada a la prevención general positiva (la afectación a la autonomía moral del individuo) «afecta menos a la concepción actual de Jakobs que a otras versiones de ese pensamiento».

¹⁹⁵ Si la pena como merecimiento hace referencia al pasado, entonces la pena, desde la perspectiva de proporcionalidad, toma como referencia el hecho sucedido para medir la pena. Al respecto, García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 17, quien señala: «Los retribucionistas se ven así, abocados a señalar el de merecimiento como patrón de medida de la pena, de la mano también de la idea de proporcionalidad entre delito y disvalor de la pena». Una teoría preventiva, como la prevención general positiva, al tomar en cuenta el futuro, condiciona la proporcionalidad a esas aspiraciones preventivas.

¹⁹⁶ En efecto, parece ser que todavía no se ha encontrado respuesta a la pregunta: ¿Por qué el individuo culpable tiene la obligación de tolerar que el sufrimiento que se le impone (la pena es un mal) se justifique en las consecuencias sociopsicológicas (trascendentes a la retribución) de carácter (supuestamente) positivo que se desprenden de esa imposición?

¹⁹⁷ Roxin, GA 2015, 193. Curiosamente, Feuerbach, *Revision*, t. I, 1.ª ed., 1799, 89 ss., denunció también algo parecido frente a la denominada «teoría de la intimidación», ampliamente difundida en esa época, que señalaba que la pena es impuesta con la finalidad de producir intimidación general. Esto, según Feuerbach, sosteniéndose en Kant, significaba la infracción de la prohibición de no instrumentalización del hombre.

¹⁹⁸ Al respecto, recientemente, Frisch, GA 2019, 187 s.

exigencias sociales¹⁹⁹. La propuesta aquí formulada, consistente en entender a la prevención no como evitación de delitos, sino como reflejo de lo que la sociedad considera como justo, permite erigir una consideración estable, ajena a las demandas transitorias de más o menos castigo. En todo caso, las consideraciones preventivas (entendidas desde la perspectiva del concepto de «prevención» que aquí se propone) no podrán en ningún caso servir de base para el incremento de la pena legitimada ya en el merecimiento, sino que solo podrán conducir a la imposición de una pena menor.

Se puede señalar aquí que la prevención general positiva, en el aspecto referido a la norma, presenta un planteamiento convincente. En efecto, al sostenerse sobre la idea de que la norma puede provocar en su destinatario un «cambio en la disposición»²⁰⁰, se demuestra que el núcleo de la teoría de la prevención general positiva radica en lograr y confirmar esa disposición²⁰¹. En ese sentido, la idea de norma que es posible extraer de esa teoría, si bien es admisible, pronto pierde sus ventajas, precisamente, porque esa teoría, en última instancia, es una teoría de la pena (y no de la norma), susceptible de una misma –y decisiva– objeción que la teoría de la prevención general negativa: instrumentaliza al individuo o, dicho de otra manera, este es, también, un «objeto de demostración», esta vez, para la finalidad de estabilización de la norma²⁰². Como se dijo, en el núcleo de la teoría de la prevención general positiva el cumplimiento de la norma desempeña una cuestión fundamental. Por ello, aquella teoría tiene una capacidad de rendimiento como teoría de la norma, pero en absoluto como teoría de la pena: si se afirma que la imposición de la pena es necesaria para mostrarle a la sociedad que la norma prevalece frente al delito, la pena se convierte en un mero instrumento de demostración de la validez de la norma, con lo que se pierde la «estrecha relación de sentido» existente entre el injusto, la culpabilidad (categorías de las que ha de ocuparse la teoría de la norma) y la pena²⁰³.

6. Conclusiones

Creo que todas las teorías de la pena entienden, correctamente, que la pena es un mal²⁰⁴. Este punto de partida común, sin embargo, pronto es dejado de lado: las

¹⁹⁹ Roxin, GA 2015, 192.

²⁰⁰ Pawlik, *Person*, 2004, 36.

²⁰¹ Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 49.

²⁰² Erber-Schropp, *Schuld*, 2016, 50.

²⁰³ Pawlik, *Person*, 2004, 36.

²⁰⁴ Al respecto, por todos, Feuerbach, *Revision*, t. I, 1.ª ed., 1799, 45; Merkel, DP. PG., 1905, 252; Schmidhäuser, *Sinn*, 2.ª ed., 1971, 14 ss., 30, 33 ss.; Jakobs, AT, 2.ª ed., 1991, § 1/2 ss. (=DP. PG., 1997, § 1/2 ss.). Recientemente, con más referencias, Basso, *Determinación*, 2019, 43, n. 34. Vale señalar, al respecto, que tener como punto de partida una definición de «pena» que excluya ya las definiciones de otras teorías de la pena, resultaría una petición de principio. Entender a la pena como un mal es, a mi modo de ver, compatible con las diversas teorías de la pena, tanto absolutas como relativas. Precisamente, la teoría retributiva reconoce que la pena es un mal, y precisamente en eso se sostiene la crítica a ella: desde un punto de vista racional, no se puede entender cómo se puede «borrar», «dejar sin efecto» o «sanar» un mal cometido (el delito) añadiendo a este un segundo mal (la pena). Al respecto, por todos, Roxin, en: Roxin, *Problemas básicos*, 1976, 14. Pero este

teorías absolutas, se sostiene, pretenden solo la realización de la justicia; las teorías relativas, por su parte, han de tomar en cuenta la finalidad de la pena para considerar a esta como legítima²⁰⁵. Pese a lo que pudiera parecer, la idea de «fin» no es desconocida en ninguna de estas teorías: mientras el «fin» en una teoría retributiva radica en la realización de la justicia, el «fin» en una teoría preventiva alude a las consecuencias sociopsicológicas. En el Derecho penal parece claro que cuando se habla de una «teoría de la pena», se está hablando del sustrato argumentativo para legitimar la institución de la pena. A mi modo de ver, un modelo preventivo entiende como términos intercambiables la «legitimación» y la «finalidad», pues consideran que la pena solo ha de legitimarse por los efectos sociopsicológicos, considerados como valiosos, que de ella puedan desprenderse. Sin embargo, creo que la legitimidad de la pena no puede radicar en su finalidad, como si las consecuencias (preventivas) fueran suficientes para esa legitimación. Ya en el marco de las posturas mixtas o pluralistas, ante la insuficiencia de una perspectiva puramente preventiva, se ha propuesto la distinción entre la «razón de ser» de la pena y su «finalidad», de lo que se obtiene que, si bien la «razón» de la pena es la retribución²⁰⁶, este no es su «fin»²⁰⁷. Esta distinción tampoco me parece adecuada pues, en definitiva, la «razón de ser» de la pena tiene que ver necesariamente con su fin²⁰⁸.

La diferencia entre la postura mayoritaria (que combina –o pretende hacerlo– retribución y prevención) y la que se ha propuesto en estas líneas radica en un asunto esencial: mientras la postura mayoritaria considera que solo la pena justa despliega un efecto social-pedagógico sobre la colectividad, la postura que aquí se defiende rechaza que se pueda predicar ese pretendido «efecto social-pedagógico» pues estoy convencido de que no se puede «enseñar» mediante la sanción penal (esto es, mediante la imposición de un mal). La imposición de la pena no es, por tanto, un mecanismo social-pedagógico a emplear para que la colectividad «aprenda»²⁰⁹, sino un mecanismo que debe reflejar las intuiciones morales básicas de justicia (formalizadas incluso en los textos legales y constitucionales) imperantes en la sociedad²¹⁰.

planteamiento se sirve de algo que precisamente busca evitar: entiende al «mal» de la pena como «venganza» y, al excluir la posibilidad de definir «mal» en otro sentido, incurre también en una petición de principio.

²⁰⁵ Mañalich, EP 108 (2007), 126.

²⁰⁶ García Amado, en: Revista Foro FICP, 2017-1, 15.

²⁰⁷ Kaspar, StV 2014, 250.

²⁰⁸ Walter, *LH-Schröder*, 2018, 101.

²⁰⁹ También, Greco, *Teoría de la pena*, 2015, 345 ss.

²¹⁰ De esta manera, con la imposición de la pena se produce el mantenimiento de la convivencia pacífica y segura de las personas a través de la coacción jurídica. Jescheck/Weigend, DP. PG., 2002, 76, señalan, al respecto, que «Precisamente por ello, la pena no es impuesta siempre y en todo caso donde debe hacerse justicia, sino únicamente cuando ello es inevitable en interés de la protección de la sociedad». Tendría que proponer un matiz a esa formulación: la propuesta que aquí se hace reconoce, en efecto, que puede haber una pena merecida pero no necesaria y que, por tanto, esa pena no sería una pena justa. Solo una pena justa es una pena merecida y necesaria. Pero esa «necesidad» no se mide con consideraciones de «protección de la sociedad» (la protección de la sociedad, esto es, la protección de bienes jurídicos se realiza mediante las normas primarias, por lo que se trata de un asunto que concierne a la teoría de la norma), sino en consideraciones de «satisfacción de la justicia» al reflejar la imposición de la pena las intuiciones morales

Bibliografía

- Andrissek, Tobias, R., *Vergeltung als Strafzweck. Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- Altenhein, Karsten, «Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach», en: Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen, *Gedächtnisschrift für Rolf Keller* (citado como **GS-Keller**), Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, 1-13.
- Basso, Gonzalo J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Baurmann, Michael, «Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention», en: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils (Eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala-Symposium 1996*, Heidelberg: C. F. Müller, 1998, 1-16.
- Beling, Ernst, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1908.
- Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. I: *Normen und Strafgesetze*, 4.ª ed., Leipzig: Felix Meiner, 1922.
- , «Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft», en: **ZPÖ** 4 (1877), 417-437.
- Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim, «Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat», en: **JZ** 2007, 954-964.
- Cordini, Nicolás Santiago, «La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?», en: **RD** 2014, 671-701.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, «Crimen y castigo: Derecho penal, ¿para qué? A propósito de “Soy un fugitivo”», en: Presno Linera, Miguel Ángel/Rivaya, Benjamín (Coords.), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 110-130.
- Dölling, Dieter, «Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?», en: **ZStW** 102 (1990), 1-20.
- Dubber, Markus Dirk, «Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht», en: **ZStW** 117 (2005), 585-518.
- Engländer, Armin, «Norm und Sanktion – Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm», en: **RW** 2013, 193-207.
- Erber-Schropp, Julia Maria, *Schuld und Strafe. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- Feijóo Sánchez, Bernardo, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2014.
- Feuerbach, Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, 1.ª ed., Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799.

básicas o de justicia (reconocidas también en los textos legales y constitucionales) imperantes en la sociedad. Así, Jescheck/Weigend, DP. PG., 2002, 77, sostienen que «La verdad duradera de las teorías absolutas consiste en que sólo puede aspirarse a la protección de la sociedad por medio de la pena, en la medida en que ello sea necesario y *siempre de un modo justo*» (cursiva en el original).

- Frisch, Wolfgang, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch», en: GA 2019, 185-204.
- , «Pena, delito y sistema del delito en transformación», traducción por Ivó Coca Vila, en: InDret 3/2014, 1-31.
- , «Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“», en: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils (Eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala-Symposium 1996*, Heidelberg: C. F. Müller, 1998, 125-145.
- García Amado, Juan Antonio, «Retribución y justificación del castigo penal», en: Revista Foro FICP, 2017-1, 1-38.
- Greco, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, traducción por Paola Dropulich y José R. Béguelin, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- , «A Ilha de Kant», en: Greco, Luis/Martins, Antonio (Coords.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversario em 2 de setembro de 2012* (citado como *EH-Juarez Tavares*), Madrid - Barcelona - Buenos Aires - São Paulo: Marcial Pons, 2012, 263-279.
- Haffke, Bernhard, *Tiefenpsychologie und Generalprävention: Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Aarau: Sauerländer, 1976.
- Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid, en: Kindhäuser, Urs/Neumann, Urs/Paeffgen, Hans-Ulrich (Eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (citado como *NK*), t. I, 5.ª ed., 2017, previo a § 1.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin: Nicolai'schen Buchhandlung, 1821.
- Hirsch, Hans Joachim, «Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts», en: ZStW 102 (1990), 534-562.
- Hoerster, Norbert, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, München: C. F. Beck, 2012.
- Hörnle, Tatjana, *Straftheorien*, 2.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- , «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion», en: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden - Baden: Nomos, 2011, 14
- Hörnle, Tatjana/von Hirsch, Andrew, «Positive Generalprävention und Tadel», en: GA 1995, 261-282.
- Hruschka, Joachim, «Die „Verabschiedung“ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», en: ZStW 122 (2010), 493-503.
- , «Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts», en: Paeffgen, Hans-Ulrich/Böse, Martin/Kindhäuser, Urs/Stübinger, Stephan/Verrel, Torsten/Zaczyk, Reiner, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Puppe*), Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 17-37.
- Jakobs, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson - Civitas, 2006.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (citado como *AT*). *Die Grundlagen und die*

- Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1991 [=Derecho Penal. Parte General (citado como **DP. PG.**) *Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997].
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Derecho Penal. Parte General* (citado como **DP. PG.**), traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002.
- Kalous, Angela, *Positive **Generalprävention** durch Vergeltung*, Regensburg: Roderer, 2000.
- Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (citado como *MdS*), en: Kants Werke, Akademie Textausgabe, t. VI, Berlin: Walter de Gruyter, 1968.
- Kaspar, Johannes, «„Verhältnismäßige Generalprävention“ und Zurechnung – Prävention und Zurechnung (Teil 1)», *StV* 4/2014, 250-256.
- Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.^a ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.
- Kindhäuser, Urs, «Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe», en: *GA* 1989, 493-507.
- Klug, Ulrich, «Abschied von Kant und Hegel», en: Baumann, Jürgen (Comp.), *Programm für ein neues **Strafgesetzbuch***, Frankfurt am Mein: Fischer, 1968, 36-41.
- Köhler, Michael, *Strafrecht: **Strafrecht. Allgemeiner Teil*** (citado como **AT**), Berlin: Springer, 1997.
- , *Der Begriff der **Strafe***, Heidelberg: R. V. Decker & C. F. Müller, 1986.
- Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed., traducción por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 2001.
- Lerman, Marcelo, «Análisis de los argumentos contra el llamado “renacimiento” de la retribución», en: Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Pastor, Daniel R. (Dirs.), ***Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Procesal penal***, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, 59-75.
- Liepmann, M., «Strafrechtsreform und Schulenstreit», en: *ZStW* 28 (1908), 1-21.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Mañalich, Juan Pablo, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling», en: *InDret* 2/2015, 1-33.
- , «La pena como retribución», en: *EP* 108 (2007), 117-205.
- Martins, Antonio, «Ein nachmetaphysisches Strafrecht? Gedanken zum retributiven Charakter der Strafe», en: *ZIS* 10/2014, 514-521.
- Meini, Iván, «La pena: función y presupuestos», en: *Derecho PUCP* 71 (2013), 141-167.
- Merkel, Adolf, *Derecho Penal. Parte General* (citado como **DP. PG.**), t. I, traducción por Pedro Dorado Montero, Madrid: La España Moderna, 1907.
- , «Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht», en: Merkel, Adolf, ***Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts***, t. II, Strassbourg: Karl Trübner, 1899, 687-723.
- Merle, Jean-Christophe, «Was ist Hegels Straftheorie?», en: *JRE* 2003, 145-176.

- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (citado como **DP. PG.**), 10.^a ed., Barcelona: Reppertor, 2016.
- Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*, Barcelona: José María Bosch, 2001.
- Moore, Michael S., *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Müller-Tuckfeld, Jens Christian, *Integrationsprävention: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main - Berlin - Bern - New York - Paris - Wien: Peter Lang, 1998.
- Neumann, Ulfrid/Schroth, Ulrich, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en: Carnevali, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 419-444.
- Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- , *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- Peñaranda Ramos, Enrique, «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», en: RPDJP 2001, 401-442.
- Renzikowski, Joachim, en: Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción.
- Robinson, Paul/Darley, John M., «The Utility of Desert», en: Nw. U. L. Rev. 91 (1997), 454-499.
- Rodríguez Horcajo, Daniel, «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en: Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Guárez Tricarico, P./Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. (Eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro* (citado como **LH-Jorge Barreiro**), Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2019, 291-306.
- Rostalski, Frauke, «Zur objektiven Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht», en: Schneider, Anne/Wagner, Markus (Eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Baden - Baden: Nomos, 2018, 105-118.
- Roxin, Claus, «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», en: GA 2015, 185-202.
- , «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en: Schöch, Heinz (Ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München: Wilhelm Fink, 1987, 37-55.
- , «Cambios en la ciencia del Derecho penal», en: Roxin, Claus, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, 119-170.
- , «Sentido y límites de la pena estatal», en: Roxin, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 1976, 11-36.
- Roxin, Claus/Greco, Luís, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (citado como **AT**), t. I (*Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*), 5.^a ed., München: C. H. Beck, 2020.
- Rössner, Dieter, «Evidenzbasierte Kriminalprävention als Grundlage zweckrationaler Legitimation der Strafe», en: Bloy, Rene/Böse, Martin/Hillenkamp, Thomas/Momsen,

- Carsten/Rackow, Peter (Eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (citado como **FS-Maiwald**), Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 701-714.
- Sánchez-Ostiz, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2008.
- Schmidhäuser, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971.
- Schünemann, Bernd, «Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist», en: Prittwitz, Cornelius/Baurmann, Michael/Günther, Klaus/Kuhlen, Lothar/Merkel, Reinhard/Nestler, Cornelius/Schulz, Lorenz (Coords.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002* (citado como **FS-Lüderssen**), Baden - Baden: Nomos, 2002, 327-344.
- Seelmann, Kurt, «Hegels Straftheorien», en: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden - Baden: Nomos, 2011, 79-87.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2010.
- Stratenwerth, Günther, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, traducción por Marcelo A. Sancinetti, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Walter, Tonio, «El fin de la pena de la retribución como fundamento y límite del Derecho penal», traducción por Ciro Cancho Espinal, en: Falcone, Andrés/Polaino-Orts, Miguel/Eckstein, Ken/Cancho Espinal, Ciro/Saad-Diniz, Eduardo (Coords.), *Autores detrás del autor. Homenaje al Prof. Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder* (citado como **LH-Schroeder**), Buenos Aires: Ad-Hoc 2018, 95-110.
- Wittig, Petra, *Der rationale Verbrecher. Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- Wolff, Ernst Amadeus, «Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», en: ZStW 97 (1985), 786-830.