

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico penal español

David Pavón Herradón

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: *Tras una inicial referencia al concepto de pena y a las finalidades de la misma, en el presente trabajo se hace un breve repaso de las teorías absolutas de la pena y de los planteamientos de los principales precursores de la retribución, Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel, para a continuación exponer las principales objeciones habidas tanto a la retribución pura como a las tesis de la prevención, en este caso por parte de la propia doctrina retribucionista. Finalmente, se han buscado posibles manifestaciones de la teoría de la expiación y de la teoría de la retribución en el Ordenamiento jurídico español.*

PALABRAS CLAVE: *Finalidades de la pena, teorías absolutas, Kant y Hegel, juicio crítico, expiación y retribución.*

ABSTRACT: *After an initial reference of the penalty concept and its purpose, the present paper makes a brief review of absolute theories of criminal penalties and the position of the mainly pioneers of retribution, Immanuel Kant and Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Below are exposed the mainly objections for pure retribution and for prevention thesis, seen from the point of view or the retribution theory. Finally it has been look the possible manifestations of the atonement theory and the retribution theory in the Spanish criminal system of law.*

KEY WORDS: *Penalties purposes, absolute theories, Kant and Hegel, critical judgment, atonement and retribution.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Breve aproximación al concepto de pena y sus finalidades. III. Acerca de las teorías absolutas sobre la pena. IV. Esquema de las principales críticas a la prevención por la doctrina retribucionista. V. La teoría de la expiación en el Ordenamiento jurídico-penal español. VI. La retribución en el Ordenamiento jurídico penal español. VII. Bibliografía.*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

I. Introducción

Hay *sociedad* y, por tanto, una relación susceptible de ser ordenada normativamente, desde que surgen relaciones entre dos o más personas.¹ Desde que el mono bajó del árbol y el homínido dio paso al hombre, tales relaciones han conformado eso que llamamos sociedad, en la que debe darse la *convivencia*. Y el eje de la convivencia deviene indefectiblemente conformado por normas de conducta, primitivas y elementales hace millones de años, aunque no necesariamente para su momento y contexto, modernas y complejas en el mundo contemporáneo, pero que siempre han sido el instrumento sobre el que se han ordenado las relaciones sociales.

Entre ellas, una parte importante de las normas de conducta son hoy normas jurídicas, mandatos o prohibiciones de hacer, de cuya trasgresión puede derivarse la imposición de una *pena*. Y ello queda sin duda vinculado con el surgimiento de la *justicia*, concepto entendido de diversa manera por las distintas civilizaciones y sociedades, pero que responde siempre a un ideal de convivencia en todas ellas.

Justicia que en nuestro medio social se alza como uno de los valores axiológicos,² donde el debate filosófico en cuanto a lo que es *justo* o no lo es ha dado paso a una objetivación práctica del concepto, buscando su trascendencia en el logro de una convivencia real y efectiva.

Desde la Ley del Talión, donde la venganza de sangre, el *ojo por ojo y diente por diente*, era, en sus orígenes, el medio de hacer valer la *justicia* y la “*igualdad*” en la vieja sociedad romana, hasta las actuales concepciones prevencionistas, sin duda resultado de una demanda orientada hacia el principio de *humanidad y dignidad* de la persona de los países democráticos, lo cierto es que el concepto de *pena* ha ido evolucionando a la par que el hombre, acompañándolo siempre, instrumentalizada en ocasiones como medio de poder, valiéndose de ella en otras como elemento regulador de la convivencia pacífica.

Penalidad o *castigo*, conceptualmente hablando, y que no implica que la función de la pena sea exclusivamente retribución,³ sobre el que se han planteado di-

ferentes teorías, tendentes a explicar su legitimación, justificación, función y finalidad.

Inmersos en ese marco de lo que se conoce bajo el nombre de *teorías de la pena*, o *sobre la pena* como lo denomina LÓPEZ BARJA DE QUIROGA,⁴ en las siguientes líneas analizaré, en lo que se refiere a las *teorías absolutas*, la dogmática y reflejo en el Ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta la regulación introducida por la propia Constitución Española de 1978, en su artículo 25.2, y tratando de dilucidar si realmente la “*reeducación y reinserción social*” a la que se aluden en el citado precepto suponen o no un límite a las tendencias retribucionistas en cuanto a la pena se refiere.

II. Breve aproximación al concepto de pena y sus finalidades

Antes de abordar el estudio de las teorías absolutas de la pena, es necesario detenerse brevemente en el concepto de *pena*, no existiendo acuerdo doctrinal sobre qué ha de entenderse por tal, si bien la mayoría de los autores vienen señalando, como una de sus principales características, que la pena se trata de un *mal*. Nos hallamos sin duda ante la sanción o castigo establecido por la Ley para los autores y responsables de infracciones; sanciones específicas que en nuestro Ordenamiento jurídico se encuentran comprendidas en el Código Penal, susceptibles de imponerse a los responsables de delitos.

La pena, entendida como consecuencia jurídica del delito, se configura, por tanto, desde esta óptica, como un mal necesario en pro de la protección de los bienes jurídicos; bienes jurídicos que han sido (o han pretendido ser) previamente violentados por una conducta “*desviada*”, la del sujeto delincuente, alejada de los cánones y reglas de convivencia previstos en el Código Penal. LESCH⁵ afirma que la pena es un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, mal llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche.

¹ LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 2003, p. 16.

² LUCAS VERDÚ, P., *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, 1997, pp. 119 y ss.

³ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 2003, p. 49.

⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal. Parte General*, t. IV, Madrid, 2002, p. 19.

⁵ LESCH, H.H., *La función de la pena*, trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid, 1999, p. 4.

A tenor de las anteriores notas, no serían penas las limitaciones de derechos que no deriven de la violación de la norma penal, las que se impongan a un sujeto distinto del infractor, las que se basen exclusivamente en la reparación del daño causado o en la evitación de las consecuencias de la infracción, ni las que sean impuestas por sujetos que no posean la autoridad debida.⁶ Además, habrá de tenerse en cuenta que de toda violación de la norma penal no se deriva sin más el surgimiento de la pena. Con todo ello, deviene uno de los límites del *ius puniendi* bajo los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad, principios que, en conexión con la protección de bienes jurídicos, en definitiva el orden social, justifican la necesaria existencia de las penas, si bien bajo una serie de garantías para el infractor; garantías que en nuestro sistema legal vienen dadas por la propia Constitución, cobrando especial importancia la dignidad de la persona del artículo 10 del citado texto.

Son tantas las definiciones que se le han dado a la pena, como teóricos sobre la misma existen, si bien la tónica general es definirla, y así la doctrina española, como el mal necesario,⁷ reflejo del *ius puniendi* del Estado, que se impone al delincuente que ha transgredido una norma jurídica penal y, por tanto, por atacar, causar daños o poner en peligro los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, merecedores de protección penal. En palabras de MIR PUIG, “la pena es un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”.⁸

A pesar de la aparente opinión unánime de la doctrina en cuanto al concepto de pena, pueden sin em-

bargo diferenciarse dos corrientes de opinión, cuyo punto en común es la latente negatividad que gira en torno al concepto que nos ocupa. Un primer grupo de autores define la pena como un *mal*,⁹ frente a un segundo, que la define como la *causación o imposición de un mal*.¹⁰

En efecto, una parte de la doctrina, aun entendiendo que la pena es sin duda un mal por sí misma, no considera que deba conceptuarse como la imposición de un mal o una sucesión de males; así, JAKOBS,¹¹ al decir que “*el injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido*”. Igualmente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, que considera que “*la pena no puede verse ni definirse como una mala consecuencia de otro mal que es el delito, por lo que no es admisible hablar de la pena como mera sucesión de males*”.¹² Como se ha dicho, se parte de que la pena es un mal y, en ese contexto, se entiende que su concepto no puede ser otro, ya que la pena supone la privación de bienes o derechos; otra cosa distinta es que se defina la pena como la acción consistente en infligir un mal por la existencia de un mal anterior. En este sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, al decir que “*la pena ha de consistir, necesariamente en la inflicción, de un mal*”.¹³

En mi opinión, la pena no se conceptúa por la acción de su imposición, no es infligir un mal, sino porque en sí misma es negativa, es un mal. Distinto es que su concreción consista en la imposición de ese mal, como señala JESCHECK, cuando habla de “*la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad*”,¹⁴ o cuando señala SILVA

⁶ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999, pp. 798 y 799.

⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002, pp. 114 y 115; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. I, Madrid, 2012, p. 230, al decir que “*es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar a su poder penal se entregaría a sí misma. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar de la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real*”.

⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2016, p. 45.

⁹ En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999, p. 796; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 232; DÍAZ ROCA, R., *Derecho penal general. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996, p. 266; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015, p. 48; o JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 9.

¹⁰ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol. 1, trad. de Mir Puig, S., y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 18; SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2010, p. 291; LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 4; HOBBS, T., *Leviatán*, Madrid, 1979, p. 386, citado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, cit., p. 795; entre otros.

¹¹ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 9.

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 17.

¹³ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 796.

¹⁴ JESCHECK, H.H., *Tratado...*, cit., p. 18.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

SÁNCHEZ¹⁵ que la pena consiste esencialmente en causar un mal.

Pese a lo dicho, ya sea bajo una vertiente u otra, de manera prácticamente unánime la doctrina concibe la pena como un *mal*,¹⁶ si bien COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN apuntan que, bajo una concepción idealista, igualmente se trataría de un *bien*, pues la pena puede lograr una serie de bienes, ya que “*si, en este sentido, la pena no fuese un bien, su justificación resultaría imposible*”.¹⁷

En relación con ese bien, como dice JAKOBS,¹⁸ lo cierto es que la pena supone, entre otras cosas, el fortalecimiento del Ordenamiento jurídico, pues reafirma la norma frente a la colectividad y al infractor en particular. Efectivamente, la pena es definida por la mayoría de la doctrina como un mal; sin embargo, como apuntan los planteamientos anteriores, no por ello ha de olvidarse que también deviene de la misma una cierta positividad, pues con su imposición se reafirma el Estado de Derecho y el respeto a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Y es que en una sociedad como la que vivimos, ha de asumirse la existencia de delinquentes, no siendo el sujeto infractor un mero fenómeno aislado.

Asimismo, dado el tenor del artículo 25.2 de la Constitución, la pena debe buscar un efecto positivo, como es la *reeducción y resocialización*, aun cuando no pueda predicarse como su única finalidad. Positividad, en cuanto se abre la posibilidad para el sujeto infractor de integrarse de nuevo en la sociedad de la que se le aísla, aunque la práctica ha demostrado que esta positividad no tiene siempre los efectos deseados sobre el individuo penado, pues son demasiadas las ocasiones en las que, devuelto a la sociedad, comete nuevas infracciones, y en otras en las que es el propio delincente el que se niega cualquier tipo de *corrección*.

Por la generalidad de los autores se critica cualquier postura positiva sobre la pena, por entenderla idealista. Al respecto ha de decirse que de la misma manera que una concepción positiva de la pena suscita críticas, al concebir positivo el privar a un individuo

de la libertad o de otros derechos, igualmente, cuando un sujeto penado cumple su condena y es devuelto a la sociedad en la comete nuevos delitos, se evidencia el fracaso práctico de esa prevención, general y especial, que en cierto modo podría ser tachada por ello como un tanto idealista.

En mi opinión, la pena conceptualmente no puede ser definida más que como un mal (ya es su propio lenguaje el primero que delata su intrínseca negatividad, pues es equivalente a términos como *sufrir* o *padecer*), porque supone la privación o restricción de derechos, impuesta a consecuencia de comportamientos considerados antisociales, algo igualmente negativo por sí mismo. Cuestión diferente es que con ella se pretenda un “bien”, un efecto positivo, o que responda a una “necesidad” de protección social, entendida como método que ha de servir para *colaborar* en el mantenimiento del orden social, de esa convivencia a la que se ha aludido; pero con ello se entraría ya en el campo de su finalidad, excediendo de su concepto. En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG es claro al afirmar que “*existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con buena conciencia, porque es la justa retribución por el daño causado*” y “*concebir la pena como una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombre son*”.¹⁹

Por tales razones ha de tenerse en cuenta su inherente negatividad, que conceptualmente parece evidente al suponer la privación de derechos o bienes jurídicos, pero asumir, fuera de ese contexto, de su concepto, su necesaria existencia, buscando ante todo su función y finalidad, lo que no ha de significar comprender la pena como algo positivo, pero sí justificar su importancia como medio para procurar el orden social. En definitiva, se trata de diferenciar el *concepto de pena* de las diferentes *finalidades* de la misma.

Por lo que respecta a la función de la pena, la doctrina científica coincide en confrontar dos reglas: *punitur quia peccatur est* y *punitur ne peccetur*. Estas reglas se identifican con las teorías absolutas, basadas

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M^º, *Aproximación...*, cit., p. 291.

¹⁶ Entre otros, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 796; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho...*, cit., p. 123; DÍAZ ROCA, R., *Derecho...*, cit., p. 266; SILVA SÁNCHEZ, J.M^º, *Aproximación...*, cit., p. 291; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, cit., p. 48; o MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 45.

¹⁷ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 796.

¹⁸ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 9.

¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 106 y 107, citado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, cit., p. 800.

en la compensación de la culpabilidad, y con las teorías relativas o de prevención.

Por tanto, en cuanto a la función o funciones que ha de desempeñar la pena, finalidad última e ideal de la misma, habrá de estarse a las distintas teorías de la pena; así, mientras que para las teorías absolutas la función de la pena se encuentra en el propio concepto de *justicia*, castigar al que viola una norma jurídica, para las teorías relativas se halla en la defensa de los bienes jurídicos. Las teorías absolutas se basan en la idea de la mera retribución; la pena es la retribución por la comisión del delito, respondiendo a razones de *justicia* (KANT) o *al imperio del Derecho* (HEGEL). La pena no tiene función utilitaria alguna, sino es un mero castigo, pues la pena es un fin en sí misma. Por el contrario, para las teorías relativas, las preventivas, el Derecho penal tiene una utilidad social; procura evitar la comisión de delitos en la sociedad (prevención general), o nuevamente por el individuo ya infractor (prevención especial). La pena no se justifica en sí misma, sino que para estas teorías el *castigo* se justifica por su *utilidad*, siendo la pena “*un instrumento para la consecución de un fin*”,²⁰ la protección de la colectividad, de sus bienes jurídicos más importantes.

La prevención general tiene lugar a través de la intimidación –que no ejemplarización– sobre la conciencia social y la educación, dirigida a la reprobación y el rechazo social.²¹ Prevención general no basada, por tanto, de manera exclusiva, en la amenaza de la pena, pues ha de tenerse en cuenta también que esa prevención no sólo debe buscarse en la mera intimidación, sino igualmente en la ratificación de la confianza depositada en la vigencia de la norma, ya que si el Derecho se configura como un elemento de estabilización social, y es el delito el que desestabiliza la citada confianza, ésta emerge de nuevo cuando el Estado ratifica la norma quebrantada para certeza de los ciudadanos. Y esta prevención general debe así verse completada para los partidarios de

las teorías mixtas por la prevención especial, pues su papel, subsidiario, ya no sólo tiene importancia en la *fase de ejecución de la pena*, sino también en el momento de la elaboración de la norma, pues para que sea una realidad fundamentalmente en dicho estadio ha de haberse previsto legislativamente.²² Así, JAKOBS, al decir que la protección del Derecho penal tiene lugar reafirmando al individuo, que confía en la norma, en su confianza: “*la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma*”.²³

La prevención especial tiene igualmente su base en la intimidación y en la educación, pero esta vez centradas en el sujeto transgresor de la norma, siendo la intimidación el medio por el que procurar que el infractor no vuelva a delinquir, y la educación la corrección del delincuente.

III. Acerca de las teorías absolutas sobre la pena

1. KANT y HEGEL, precursores de la retribución

Como se ha señalado en líneas anteriores, desde el punto de vista de las teorías absolutas, éstas se basan en la idea de la mera retribución; la pena es la retribución por la comisión del delito, respondiendo a razones de *justicia* (KANT) o *al imperio del Derecho* (HEGEL). La pena no tiene función utilitaria alguna, sino que es un mero castigo, pues la pena es un fin en sí misma. En palabras de MIR PUIG, la pena “*responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido*”.²⁴

Dentro de estas teorías se distingue entre la de la expiación²⁵ y la de la retribución.

a) Teoría de la expiación:

Supone la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el Ordenamiento jurídico quebrantado, lo

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 34.

²¹ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 802.

²² Como máximo exponente ROXIN, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA, Madrid, 1976, pp. 14 y ss., que a través de su “*teoría dialéctica de la unión*” centra la problemática en tres fases por los que discurre el devenir de la pena, como son la amenaza legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena. En cada uno de estos estadios la pena adquiere una función distinta, pero siempre estrechamente vinculadas unas con otras, tratando así de dar respuesta a las necesidades que el Ordenamiento y la sociedad demandan ante las conductas reprochables de los infractores y al problema de la convivencia de los distintos planteamientos que en cuanto a la pena he referido.

²³ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 18.

²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 84.

²⁵ Si bien la teoría de la expiación no se trata de una teoría retributiva en sentido estricto, en atención a las similitudes que con aquéllas comparte se ha optado por incluirla junto con la tesis de la retribución pura.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

que se consigue cuando se produce el arrepentimiento del culpable. En palabras de JAKOBS,²⁶ supone la comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad.

Esta teoría es objeto de críticas, ya que ese arrepentimiento se produce en el plano interno de la persona, dependiendo de la disposición psíquica del culpable, que no puede imponerse por el Estado a través de una pena. A este problema debe añadirse el de la investigación de dicha expiación, puesto que el Derecho penal no puede adentrarse en la mente de las personas y, por tanto, no puede investigar y probar dicho arrepentimiento.

Como dice ROXIN, *“tampoco en la formulación como ‘teoría de la expiación’ puede defenderse la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, sólo se usa el concepto ‘expiación’ como otra palabra para indicar ‘retribución’. Sin embargo, con la ‘expiación’ se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude”*.²⁷

Críticas fundamentadas de la teoría de la expiación, si ha de entenderse por *expiar* el purgarse internamente el delincuente, a través del arrepentimiento con ocasión del castigo. Y ello, porque la expiación sería el resultado de una moral, que sin duda ha de quedar ajena al Derecho penal. Pero, además, es criticable al margen de lo anterior porque esa expiación-arrepentimiento

debe ser algo espontáneo del individuo, y no una imposición estatal.²⁸

b) Teoría de la retribución:

Es una teoría que asigna a la pena su sentido fuera del campo de la realidad social,²⁹ no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor en sí mismo el castigo a quien ha quebrantado o vulnerado el Derecho.

Por tanto, para los retribucionistas la pena es un fin en sí mismo, es decir, que la finalidad de la pena es castigar al sujeto que atentó contra determinados bienes o infringió una norma, consiguiéndose el ideal de justicia, entendido como *hacer pagar* al que hizo el mal. De este modo, *“La pena es retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito”*,³⁰ no persiguiéndose por tanto el mantenimiento de las normas o el resarcimiento del particular dañado, que quedará ligado a otros órdenes del Derecho.

La teoría de la retribución debe su elaboración a filósofos como KANT o HEGEL; veamos la contribución de cada uno de ellos:

IMMANUEL KANT: Fundamentó el principio *“absoluto”* de la pena. Para KANT, el mal uso de la libertad provoca que el hombre merezca la pena, siendo ésta un imperativo categórico, pues la justicia ha de imperar.³¹ La pena es un fin y no un medio, pues de ser un medio sería un instrumento para determinados fines en manos del hombre, lo que no sería sino atentar contra la libertad y la dignidad de la persona; con ello, no tienen cabida utilidades distintas al mero castigo al que se ha hecho su merecedor. Pena que será justa, según KANT, cuando produzca un mal sensible igual al causado por el delito, poniéndose de relieve que, para este autor, existe una necesidad ética de imponer la pena, por lo que *“suele decirse que la filosofía de KANT es la retribución ética”*.³²

²⁶ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 25.

²⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Madrid, 2008, p. 85.

²⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 246.

²⁹ LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 8.

³⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General. Introducción., I*, Madrid, 1996, p. 20.

³¹ Apunta MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 86, en esta esfera, que la función que la pena tiene es precisamente la *“realización de la Justicia”*. Ello no ha de estar reñido con que la pena sea concebida por KANT como un fin en sí misma, carente de ningún tipo de utilidad.

³² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28.

³³ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Fráncfort, 1993, p. 52, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 9-11; en el mismo sentido, entre otros, en referencia a la filosofía kantiana, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 26; JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 21; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., pp. 241 y 242, o CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, cit., p. 84.

Por tanto, KANT afirma³³ que la “pena judicial” no puede ser impuesta como medio para procurar utilidad ni al delincuente, ni a la sociedad. La pena se impone porque aquél ha delinquido. “El hombre” no puede ser utilizado como una cosa, como un instrumento, sino que “tiene que ser considerado como un fin en sí mismo”. Ello se debe, como ha puesto de manifiesto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, a que para la filosofía kantiana la dignidad humana “implica el absoluto respeto por la persona, llegando a considerar la dignidad humana como un imperativo categórico”,³⁴ por lo que no resulta posible que la pena contenga fin alguno utilitarista.

No obstante, no es posible afirmar que la pena es un fin en sí misma, carente de toda función. La pena se impone porque se ha delinquido, pero con ella se pretende alcanzar la Justicia, la satisfacción de la misma. KANT define la justicia penal como un *imperativo categórico*. Integra la razón dentro de la moral, cuando se quebranta el orden moral es necesaria su reconstrucción. Cuando se lleva a cabo un comportamiento contrario a la legalidad, el orden debe ser restablecido; este restablecimiento se lleva a cabo a través de la pena, entendida como el resultado mediato, o inmediato, e incondicional de toda acción contraria a la ley práctica.³⁵

El restablecimiento de la Justicia perturbada, el paso al estado jurídico ideal, se produce mediante la pena. En cualquier caso, esa eliminación de la perturbación no se produce mediante la restitución real de las relaciones jurídicas originarias (reparación del daño actual), puesto que el delito no se configura como un menoscabo (material) de las esferas externas de libertad, o de derechos o bienes, sino como una lesión (inmaterial) del orden moral racional.³⁶

En cuanto a *la magnitud de la pena*, KANT utiliza el principio de compensación, esto es, *el talión* o el

derecho de resarcimiento, que es el único que puede determinar con exactitud la cantidad y calidad de la pena. Es el principio de proporcionalidad,³⁷ por tanto el mal infligido debe ser el mal sufrido.

Para este autor, la pena no admite excepciones de ninguna clase, por lo que su imposición será necesaria siempre que se haya cometido un delito, aunque de ello no resulte ningún beneficio ni para el condenado ni para la comunidad, pues en ello va la Justicia, y eso es lo que confirma el fin de la pena;³⁸ en definitiva, el infractor ha de sufrir la pena, y tal sufrimiento dependerá directamente del hecho cometido. Se fundamenta, por tanto, como se ha dicho, en la Ley del Tali3n, concretizada bajo el principio de proporcionalidad, siendo necesaria la previa concurrencia de la culpabilidad.³⁹ Y así KANT afirma que “s3lo la ley del tali3n (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad de castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los dem3s fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones”.⁴⁰ Como bien expone L3PEZ BARJA DE QUIROGA,⁴¹ para KANT la igualdad entendida como “*equivalencia de males*” es la 3nica forma de alcanzar la Justicia. Continúa el citado autor poniendo de relieve c3mo KANT resulta ser consciente de la imposibilidad de llegar siempre a la perfecta equivalencia del mal causado con el delito y el que se procura con la pena, indicando que “*parece ciertamente que la diferencia entre las posiciones sociales no permite aplicar el principio del tali3n: lo mismo por lo mismo; pero aunque no sea posible literalmente, puede seguir valiendo en cuanto a su efecto, respecto al modo de sentir de los m3s nobles*”.⁴²

Crítica JAKOBS⁴³ la tesis kantiana, al referirse a la legitimidad de la pena, pues 3sta “s3lo puede legi-

³⁴ L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 25.

³⁵ LESCH, H.H., *La funci3n...*, cit., pp. 9-10.

³⁶ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

³⁷ Que no en el sentido actual, ya que la proporcionalidad no es la Ley del Tali3n.

³⁸ Y en ese contexto, KANT, I., *La metaf3sica de las costumbres*, trad. CORTINA ORTS y CANAL SUNCHI, Madrid, 1994, p. 174, citado por L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28, niega la posibilidad de todo derecho de gracia, al decir que “*es el m3s equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite sin embargo obrar injustamente en alto grado*”.

³⁹ En cuanto al requisito de la culpabilidad, *vid.* L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28.

⁴⁰ KANT, I., *La metaf3sica...*, cit., p. 167, citado por L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 25.

⁴¹ L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 27.

⁴² KANT, I., *La metaf3sica...*, cit., p. 167, citado por L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 27.

⁴³ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 22.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

timarse mediante el valor del orden a favor de cuyo mantenimiento se pune”. Sin embargo, KANT legitima la pena por el hecho de configurarla como un imperativo categórico, no a favor de las normas reguladoras de una situación o relación social concreta, lo que hace que en este ámbito las teorías absolutas y las relativas sean irreconciliables.

GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL: Fundamenta la pena en una reflexión dialéctica, pues si el delito es la negación del Derecho y la pena lo es del delito, la pena no es sino la afirmación del Derecho (negación de la negación del Derecho). Y trasciende de los términos *mal* o *bien*, para centrarse en lo *justo* o *injusto*;⁴⁴ imponer la pena “*es justo en sí y por sí*”,⁴⁵ dejando patente la motivación de que la Justicia es la que justifica la pena.

Y no entiende HEGEL que la pena sea un *mal* sin más, pues sería absurdo querer un mal cuando ya tuvo lugar otro. La pena no es sino la restauración ideal del orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y particular. Deja atrás la Ley del Talió kantiana, pues a la hora de establecer la pena habrá de tenerse en cuenta tanto las características de la lesión, como las circunstancias de la sociedad civil.⁴⁶

Niega igualmente toda posibilidad preventivo general, ya que éstas utilizan medios tales como la amenaza y el terror, y de este modo, fundamentada en fines utilitaristas, la pena no sería un fin en sí misma. Y es que “*las teorías relativas no respetan ni el honor ni la dignidad del delincuente*”.⁴⁷ En cambio, desde las posturas retributivas, el hombre es libre hasta que comete el delito, por el que habrá de ser castigado; la prevención general no trata nunca al hombre como libre, no es libre, pues se encuentra sometido a la amenaza de un mal, lo que en definitiva es una mera coacción.

Al respecto puede plantearse si tal coacción no acontece igualmente en la tesis de la retribución pura,

ya que la imposición de la pena es igualmente consecuencia de la comisión del delito; lo cierto es que el hombre es igual de libre antes de cometer el ilícito desde ambas perspectivas, pues en la retribución la pena es la consecuencia jurídica del delito, al igual que en la prevención, o dicho de otro modo, la imposición de la pena no llegará en ningún caso sin la previa comisión del delito. En esta línea, más bien podría llegar a decirse que la culpabilidad encontraría su fundamento en la libertad humana, que el hombre perdería su libertad no al establecerse unas normas y unas penas de acontecer su trasgresión, sino cuando emanara la culpabilidad por el hecho cometido; idea no obstante, el fundamentar la culpabilidad en la libertad, no admitida comúnmente por la generalidad de la doctrina. Parece incorrecto mantener que el sujeto no es libre desde el momento en el que se prevé la pena, que eso le coarta, y que por el contrario sí lo es cuando tal previsión no se establece, máxime a sabiendas de que, y ahora bajo la concepción retributiva, la comisión de un delito acarreará con seguridad una penalidad, aunque no se haya previsto de forma previa su contenido, que quedará sujeta a los principios de culpabilidad y proporcionalidad; proporcionalidad que igualmente entrará en juego desde la teoría de la prevención.

Para HEGEL,⁴⁸ si se quiere que la pena retrospectiva sea algo más que una venganza primitiva, que un mal porque “*se ha producido otro mal*”,⁴⁹ se le debe otorgar una función que restituya el injusto acaecido. HEGEL distingue dos planos:

- De una parte, contra la “*existencia jurídica externa*”, es decir, contra la libertad, la propiedad, el cuerpo o las partes del mismo, la vida, etc., la “*existencia de mi libertad en su aspecto exterior*”⁵⁰ (parte externa del concepto de delito).

⁴⁴ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 242, que en el estudio de la tesis hegeliana expone la superación de los términos *mal* y *bien*, poniendo de manifiesto cómo para HEGEL “*la pena, por tanto, no es un mal sólo porque previamente ha tenido lugar otro mal. La pena no alude a un bien ni a un mal, sino a la dialéctica injusto-justicia*”.

⁴⁵ HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, México, 1975, p. 109.

⁴⁶ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 243; igualmente es expuesto por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28, al decir que la tesis hegeliana “*presenta una superación del sistema talional, al considerar que la igualdad ha de examinarse en un ámbito valorativo abstracto, aunque tomando en cuenta la sociedad civil de que se trate y el tiempo en que se produce el análisis sobre la igualdad*”.

⁴⁷ En referencia a HEGEL, HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984, p. 350.

⁴⁸ Seguiré a estos efectos el esquema elaborado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 11 y ss., al exponer la tesis hegeliana.

⁴⁹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 99/ anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

⁵⁰ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 94,95, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

- De otra parte, contra “la más alta determinación”⁵¹ de la libertad, por ejemplo el “honor”, el “Estado”, etc., de manera que el delito es siempre un atentado “contra la existencia de la libertad”⁵² (lesión del Derecho en cuanto Derecho).

La pena, como forma de garantía de la existencia externa, siempre llega tarde, y por ello sólo la restitución, si es que es posible, puede satisfacer al agraviado, lo que sucederá en el orden civil. El Derecho civil restituye o compensa la lesión, reponiendo la situación anterior.⁵³ La pena, sin embargo, no produce indemnización alguna, sin olvidar además que existen numerosos delitos que no introducirían *per se* hacia una indemnización, como por ejemplo el falso testimonio.

“La función restitutiva de la pena sólo puede ser descrita con relación al concepto de delito no en su parte externa”, por tanto, no como la mera causación de un mal, sino algo lesivo para el Derecho como tal, debiendo ser superado el delito a través del juego dialéctico. La tesis hegeliana concibe la materialización del injusto en la lesión del Derecho como Derecho, reflejo de la voluntad del autor del delito que hace valer ese injusto. Todo delito supone “imponer la voluntad particular frente a la general”.⁵⁴ Mediante el contenido del delito, el delincuente declara como general lo particular, de tal manera que el que roba crea con su hacer una norma singular de no respeto a la propiedad. El delincuente genera una ley que es racional, no en cuanto a su contenido, pero sí en cuanto a su forma. Y esa ley particular se supera con la pena.⁵⁵

Como ha descrito LESCH,⁵⁶ se trata de una ley formal con una doble significación:

- De una parte, el “modo positivo” de la retribución, “de la justificación subjetiva, en defi-

nitiva, de la legitimación de la pena frente al delincuente mismo”. El delincuente da su consentimiento para el castigo mediante el propio hecho, y ello sirve de sustento a la legitimación de la pena.

“La pena se corresponde no sólo con la voluntad abstracta general del delincuente como persona racional” (“voluntad como parte de la voluntad racional objetiva”), sino también con la voluntad especial concretada en el delito. El hecho realizado por el que delinque es un acto madurado racionalmente, llevando inherente algo general cual es la norma que el delincuente crea con su acción, y cuya consecuencia es el padecimiento por parte del espontáneo legislador de su propia voluntad; “lo mismo que él ha hecho, le debe ocurrir a él, es su voluntad, es su ley. Es su propio hecho al que se concede vigencia sobre él”.⁵⁷

La acción del delincuente implica una racionalidad formal u objetiva, no subjetiva; por ello, cuando se castiga al delincuente se le reconoce como un ser racional, se reconoce “su voluntad como ley”.⁵⁸ Afirma HEGEL que “la retribución se basa ante todo en la naturaleza racional del que realizó el injusto”,⁵⁹ “se honra al delincuente como un ser racional”.⁶⁰

Se añade además la idea de trato al autor de un delito como una persona racional, una persona que tiene libertad y a la que ha de unirse necesariamente la responsabilidad por sus actos. Quien goza de libertad ha de ser responsable jurídico-penalmente, la libertad sin responsabilidad es mero arbitrio subjetivo.

- “Forma negativa”⁶¹ de la retribución, la justificación objetiva de la pena, la “negación de la negación”, la “lesión de la lesión”, la “supe-

⁵¹ ILTING, K.H., *Hotho-Nachschrift*, p. 300, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

⁵² ILTING, K.H., *Hotho-Nachschrift*, pp. 301 y s., citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

⁵³ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 98, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 13.

⁵⁴ GANS, E., *Philosophische Schriften*, p. 84, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 13.

⁵⁵ Por todos, HASSEMER, W., *Fundamentos...*, cit., p. 350, en referencia a la superación de la voluntad del individuo mediante la pena, entendida bajo la dialéctica hegeliana, al decir que “la voluntad especial del delincuente, que con su hecho injusto negaba la voluntad general del Ordenamiento jurídico, era, a su vez, negada por la pena, anulada”.

⁵⁶ Continuando con la exposición de LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 14 y ss., la doble significación de la ley formal creada por el delincuente.

⁵⁷ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, nota al & 101, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁵⁸ ILTING, K.H., *Homeyer-Mistchrift*, p. 238, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁵⁹ HEGEL, G.W.F., *Nürnberg und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts. Pflichten und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre & 20/aclaración*, p. 244, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁶⁰ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 100/anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁶¹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 97/anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 16.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

ración del delito".⁶² La pena es una "coacción frente a la libertad, un mal al igual que el delito mismo". La pena cuando se interrelaciona conceptualmente con el delito, en un contexto interno y funcional, a modo de discurso y réplica, es en sí, y para sí justa.

Por tanto, la tesis hegeliana considera que la pena es una réplica⁶³ frente al delito, siendo el instrumento útil para la confirmación del Ordenamiento jurídico quebrado, lo que supone la eliminación del mal acontecido. Y "la confirmación del Ordenamiento posee una dimensión histórico-dialéctica", diferenciándose entre una necesidad interna y una necesidad externa de la pena.⁶⁴

Sin embargo, admitir que la pena es una coacción frente a la libertad evidencia una cierta contradicción en la concepción hegeliana, de tal manera que ya no podrá mantenerse que la retribución pura trata al hombre como libre, mientras que la prevención nunca lo hace, al quedar sometido el sujeto a la amenaza de un mal.

Siguiendo con esta visión hegeliana sobre la pena, se observa una doble necesidad:

- *Necesidad interna*: HEGEL expone el delito y su superación dentro del Derecho abstracto como consecuencia del movimiento del concepto de Derecho; el injusto significa una "fase de desarrollo" y dependerá del "momento del Derecho".⁶⁵ El Derecho es absoluto y, por lo tanto, no puede ser eliminado; exteriorizar el delito resulta en sí mismo nulo. El hecho delictivo no es nunca positivo, sino negativo, siendo la pena tan solo la negación de la negación.⁶⁶
- *Necesidad externa*: en esencia, el logro por mantener la identidad social, ya que un delito sin pena "arruina la sociedad". Si no se castiga, puede entenderse que la norma no está vigente. La pena elimina la posibilidad de come-

ter un delito sin temor y refuerza la confianza de la sociedad en las normas como modelos de orientación.⁶⁷

A esto se llega mediante el sistema judicial como modo de resolver los conflictos de la sociedad. La venganza es, según su *contenido*, justa, porque se trata de una retribución, pero no lo es en cuanto a su *forma*. Cuando la venganza es subjetiva, su justicia es contingente, es una voluntad particular, convirtiéndose en una nueva lesión y cayendo en un progreso al infinito. La solución es una Justicia liberada de los intereses y de las formas subjetivas, así como de la contingencia del poder, una Justicia no vengativa, sino punitiva.⁶⁸ Asumiendo esa función (neutral y objetiva) un tercero.

HEGEL considera que la persecución penal de las acciones transgresoras del Derecho no pueden quedar en manos de los particulares, sino que será el Estado el encargado de su tratamiento; se muestra, pues, partidario del "principio oficialista". Destacando la creciente importancia en las legislaciones de determinadas figuras que generan una cierta venganza, como es el caso de los delitos privados, donde "se deja a la decisión del individuo el llevar o no una infracción ante la Justicia".⁶⁹

Por último, y en cuanto a *la magnitud de la pena*, para HEGEL el principio del talión compensa los valores, "la superación del delito... es una compensación..., es una lesión de la lesión". Si el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, también tiene que tenerla su negación. Es una igualdad de valores.⁷⁰ HEGEL no relaciona delito y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, no se trata por tanto, como en KANT, de una igualdad de género, sino de una igualdad según el valor de los mismos.

Y afirma LESCH que "el valor de la lesión no se encuentra determinado de forma fija, sino que es un valor relativo que depende del estado de la sociedad". "Un Código Penal pertenece esencialmente a su época

⁶² HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 101, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 16.

⁶³ Como síntesis de esa réplica, MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 85, al decir que "la pena se concibe sólo como reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores".

⁶⁴ Continúa LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 17 y ss.

⁶⁵ FLECHTEIM, *Die Funktion der Strafe*, p. 95, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 17.

⁶⁶ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 97/ anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 17.

⁶⁷ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, nota al & 96/ anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 18.

⁶⁸ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 103, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 18.

⁶⁹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 102/ anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 19.

⁷⁰ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 101, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 19.

y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil... Las penas duras no son pues en y para sí injustas, sino que están en relación con la situación de cada época: un Código Penal no puede tener vigencia para todos los tiempos, y los delitos son existencias aparentes que pueden acarrear una mayor o menor repulsa".⁷¹

En mi opinión, si se habla de esta necesidad externa, que alude a la posible ruina social, ello sin duda deja entrever que pudiera existir una función de la pena dentro de esta concepción hegeliana, defensora de la teoría de la retribución pura, que no sería sino admitir que la teoría de la retribución pura *no es tan pura* o defendible, habida cuenta de que desde esa concepción la pena no debiera mirar a esa sociedad, sino sólo y de manera exclusiva a la vigencia del Derecho, al *Imperio de la Ley*, cuyo mantenimiento y reafirmación por sí es en definitiva la *Justicia*.

Podría resultar osado calificar de *desliz* de HEGEL el haber incluido esta necesidad externa en relación con la pena, pero resulta claro a la luz de lo que acaba de decirse que la pena puede tener una función social, una utilidad pública, lo que *echa abajo* al menos parte de la teoría mantenida por el autor, y en cuanto a que la pena es un fin en sí misma.

De otro lado, si decimos que el bien lesionado no interesa para el Derecho penal, y que por eso la pena no se fundamenta en la lesión de ese bien, pues de hacerlo se afirmaría la utilidad de la misma, que en cambio se niega, y que por ello el resarcimiento del perjudicado llegará en el orden civil, estamos diciendo a la larga que la pena debe ser ajena a la sociedad, que esa sociedad no es inspiradora en modo alguno de la pena, que ésta es un fin en sí misma; y si es ello es así, no puede decirse a continuación que la pena necesite externamente la reafirmación de la norma, del Derecho, para certeza del ciudadano.

En todo caso, desde la perspectiva retribucionista se buscaría la reafirmación del Derecho *porque sí*, por él mismo, como un ente abstracto e independiente; ello no puede mantenerse, pues debe responder a una motivación concreta: ¿por qué el Derecho debe mejorar? No podemos decir que sea porque el Derecho es *el centro del universo*, el *ente creador del Todo*, y tenerle en un *pedestal*. El Derecho no es nada sin Sociedad (con mayúscula) sobre la cual aplicarlo, y es por ello que es la propia Sociedad quien le da su razón de ser.

Por ello no es posible imaginar que el Derecho no responda a una finalidad o utilidad concreta, que en este caso será la propia Sociedad. Y ello, en relación con la exposición de HEGEL, entendido en el sentido de que la reafirmación del *Imperio de la Ley*, sin duda resultará útil para la Sociedad, que se verá segura gracias a la norma. La pena entonces no sería un fin en sí misma, sino que se impondría como medio para hacer valer el *Imperio de la Ley*, para beneficio de los ciudadanos, para certeza de los mismos, de la seguridad jurídica, de la convivencia en sentido amplio.

Lo que se viene a concluir de esta forma es que no es posible una retribución en sentido puro, pues siempre que se impone un *castigo* se hace por algún motivo, y ese motivo no es otro que mantener la norma que sustenta a la Sociedad. En definitiva, pues, y aunque sea en último extremo, hay una finalidad siempre de la pena que responde a criterios de utilidad, y ésta no es otra que la certeza del Derecho en pro de los ciudadanos.

Aparece así la vinculación de las teorías de la retribución con las de la prevención general positiva, en la línea que han seguido diversos autores, al hablar de la prevención de la reafirmación de la confianza en la norma; lo que, visto desde esta óptica, no hace sino acercar una tesis, la retributiva, a la otra, la prevencionista, poniendo de manifiesto que, como ya se ha apuntado, aquélla puede que no sea tan *pura*, pues para ello debiera ser concebida como una auténtica visión independiente e irreconciliable con las tesis prevencionistas, habida cuenta de su propia filosofía.

Además, de otro lado, si se dice que son las normas civiles las que reparan el daño causado, que es allí donde el ciudadano obtiene la satisfacción por el perjuicio sufrido, y en por lo tanto la sociedad, es lógico concluir que, en este caso, se admite, y así HEGEL, que el Derecho civil es útil para la Sociedad. El Derecho ya no es pues ese *ente abstracto* que propugna HEGEL, pues parte de él responde a finalidades o utilidades sociales, salvo que el Derecho sólo esté conformado por el orden penal, idea sin duda insostenible e ilógica. Y de aprobarse la tesis hegeliana en cuanto a que el Derecho penal se configura como *ente* independiente, desvinculado de la Sociedad a la que ciertamente sirve, habría de conducirnos indefectiblemente a replantearnos la legitimación del propio Derecho penal.

⁷¹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 218 y anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 20.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

Teniendo en cuenta que no podemos sostener la idea del *Derecho por el Derecho*, reflexionemos: la *Justicia* se puede alcanzar sin Estado o con Estado. Sin el Estado nos encontraríamos inmersos en la Ley del Tali3n, en la venganza privada (en el resarcimiento del particular da3ado por el propio particular). Con el Estado, tomando como base la tesis hegeliana, es decir, la teor3a de la retribuci3n pura y el principio oficialista, donde la pena s3lo sirviera para el restablecimiento de un Derecho lesionado sin que el mismo se explicara conexo a una sociedad, la pena no ser3a sino tambi3n una venganza, esta vez estatal, lo que nos reconducir3a a la citada *Ley*, negada por HEGEL al no compartir el criterio precursor de la misma por KANT. Y ello porque cuando se argumenta como justificaci3n de la legitimidad de la pena, algo inconexo con los criterios de utilidad, en este caso el *Imperio de la Ley*, y 3ste, como se ha dicho, no puede mantenerse, lo que se est3 diciendo es que la pena s3lo responde a una mera venganza (no responde a otra cosa al poder fundarse en el Derecho como *centro de la Naturaleza*, quedando vac3a de contenido la legitimidad de la pena). Y no puede negarse que sea una venganza, porque de lo contrario se reconocer3a que la pena no es un fin en s3 misma, estandarte o premisa de la tesis de la retribuci3n pura, sino que responde a cierto motivo, el cual, como se ha dicho, no puede ser *el Derecho por el Derecho*, sino la utilidad social, que es lo que queda.

Distinto es que, si bien se preconiza que tras el delito lo que hay que reparar es *el Derecho por el Derecho*, 3ste se vincule de la manera expuesta al grupo social; en definitiva, aceptar esa utilidad 3ltima de la pena. Y en ese caso, la Justicia que se alcanza con el Estado ya no ser3a una mera venganza, pues la pena p3blica al culpable de un delito, adem3s de restaurar el Derecho (entendido por la retribuci3n pura como principal elemento), restaurar3a un Derecho que se dirige a la comunidad, a la convivencia.

Pero para ello es esencial que la pena sea p3blica, no privada (de ser as3 estar3amos ante la venganza privada). Y si decimos, pues, que es preciso que la pena sea p3blica y no privada para que no se trate de una venganza, el Derecho como elemento supremo a proteger que justifica la pena seg3n HEGEL, por los mismos motivos y para no incurrir en meras venganzas, tiene que acontecer o existir de alguna manera ligado

a la sociedad; ello cuestiona que, al menos de manera absoluta, la pena sea un fin en s3 misma.

2. La defensa de la retribuci3n pura

Expuestas brevemente estas dos esenciales construcciones retributivas de la pena, no obstante, y como apunta GARC3A-PABLOS DE MOLINA,⁷² la concepci3n retributiva de la pena tiene aspectos positivos:

- La pena es proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, en definitiva “*de mal adecuado al mal del delito*”, lo que supone garant3as para los ciudadanos ante los posibles abusos por parte del Estado. El Estado s3lo impondr3 las penas cuando se haya cometido un delito, y la pena depender3 de la gravedad del mismo, as3 como de la culpabilidad del autor en la comisi3n de ese hecho, con lo que se evita que el hombre sea un instrumento en manos del Estado; como apuntaba KANT, la pena depender3 exclusivamente del hecho, a lo que HEGEL a3ade la culpabilidad, y no tendr3 utilidad alguna m3s que el mero castigo al individuo (nadie utilizar3 la pena para otros fines, utilitarios o prevencionistas). Con ello se asegura que las penas no sean *ejemplarizantes*, o que no atenten contra la dignidad de la persona.
- En cuanto a la culpabilidad por el hecho, coincide en este sentido con las llamadas teor3as de la uni3n, siendo esa culpabilidad un l3mite de la pena.
- Por su parte, la necesidad de la vigencia del Derecho que formulaba HEGEL tiene hoy fundamental importancia, habida cuenta de la prevenci3n general positiva enunciada eminentemente por JAKOBS,⁷³ que no el primero ni el 3nico al se3alar que la protecci3n del Derecho penal tiene lugar reafirmando al individuo, que conf3a en la norma, en su confianza; “*la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma*”.
- En cuarto lugar, “*la pena retributiva produce unos efectos m3s satisfactorios en orden a la prevenci3n general y a la especial, que cualquier otra sanc3n que no respete la proporci3n*”.

⁷² GARC3A-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducci3n...*, cit., pp. 249 y ss.

⁷³ JAKOBS, J., *Derecho...*, cit., p. 18.

*nalidad con la gravedad del hecho y de la culpabilidad del autor. Su eficacia intimidatoria es superior, porque la realización del Derecho –de la pena ‘justa’– hace ver a la comunidad el contenido ético de aquélla y confiere a las prohibiciones un respaldo social del que carecen los mandatos legales injustos o desproporcionados”.*⁷⁴ En definitiva, lo que se lleva a cabo es la protección de la sociedad a través de la idea de justicia de modo exclusivo.

Por su parte, entiende CERESO MIR⁷⁵ que para parte de la doctrina el fundamento de la pena es exclusivamente la retribución, lo cual no implica que la pena presente otras finalidades preventivo-generales y especiales, distinguiendo pues el citado autor el fundamento y las finalidades.

Introduce ROXIN⁷⁶ el verdadero beneficio de las teorías retributivas, si bien se mostrará contrario a su vigencia actual, al considerar la teoría de la retribución el perfecto manual explicativo de lo que la pena ha de ser y significar a los ojos del profano en Derecho, quien se verá satisfecho con esa explicación; en este sentido, la teoría de la retribución no deja de ser positiva, en tanto “describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre las familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello se creaba paz”.

Añade ROXIN que “el mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe ‘corresponder’ a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda

*de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables”.*⁷⁷

CUELLO CONTRERAS⁷⁸ manifiesta que hay muchas consecuencias de las teorías absolutas de la pena que para el Derecho penal siguen vigentes, como es, por ejemplo, el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. O el principio de culpabilidad, pues para retribuir por algo es necesario comprobar previamente el merecimiento de la misma.

Sin embargo, decir que *siguen vigentes* determinadas consecuencias de estas posturas dogmáticas a la larga es negar que la teoría de la retribución siga siendo de aplicación para el Derecho contemporáneo; lo que por otro lado no implica negar, tal y como se concibe la pena desde el punto de vista constitucional en España, es decir, desde posturas prevencionistas, que la pena tenga ciertos elementos retribucionistas, pero en concurso siempre con los preventivos.

3. Críticas a la retribución pura

Como ya he señalado en líneas anteriores, critica JAKOBS⁷⁹ la tesis kantiana, al referirse a la legitimidad de la pena, pues ésta “sólo puede legitimarse mediante el valor del orden a favor de cuyo mantenimiento se pune”, es decir, la pena se justifica por la necesidad de mantener la fortaleza y vigencia del Ordenamiento, para certeza del ciudadano, de su confianza en la norma, respondiendo a funciones de utilidad social. Sin embargo, KANT legitima la pena por el hecho de configurarla como un imperativo categórico, no a favor de las normas reguladoras de una situación o relación social concreta, lo que hace que las teorías absolutas y las relativas sean irreconciliables. El autor de un delito, que actúa por su propia voluntad, vulnera la *Moral*, pues la voluntad queda integrada en ésta, como se ha dicho. Por tanto, esa *Moral* dañada debe

⁷⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 250.

⁷⁵ CERESO MIR, J., *Curso...*, cit., pp. 24 y ss.

⁷⁶ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., pp. 81 a 84.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁷⁸ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, cit., p. 89.

⁷⁹ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 22.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

ser devuelta a su estado anterior a la comisión del hecho delictivo, no respondiendo a motivos de utilidad social, sino al imperativo categórico de esa *Moral*.

Hemos de partir de que la finalidad de la pena, o mejor dicho, del Derecho penal se centra en la protección subsidiaria, como *ultima ratio*, de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, los que se han hecho merecedores de tal protección ante ataques que los lesionen o pongan en peligro; en opinión de ROXIN,⁸⁰ para que tal premisa sea posible no resulta válido que la pena prescinda en su devenir de esos fines sociales a los que sirve, fines de los que se abstrae la teoría de la retribución pura, que no encuentra el sentido de la pena en la persecución de un fin concreto socialmente útil, o dicho en otras palabras, no responde a criterios de utilidad sino que se fundamenta en la idea de *justicia*, configurándose como la mera “retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito”.⁸¹ En definitiva, para las teorías absolutas “*el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social*”.⁸²

Y del mismo modo que se ha entendido criticable la postura hegeliana, igual puede decirse de la idea de *Moral* concebida por KANT como Imperativo Categórico. No puede entenderse que la única finalidad de la pena sea el restablecimiento de la moral dañada cuando se comete el delito, pues esa moral no puede sustentarse como un ente abstracto desvinculado de la Sociedad. La moral carece de sentido sin una Sociedad sobre la que hacer imperar esos valores, y por ello restablecer la moral debe ser entendido como algo útil al ciudadano; y al admitirse esa utilidad, la pena ya no es entendible estrictamente como un fin en sí misma, ya que responde a unas necesidades de convivencia concretas.

Distinto es que se introduzca la moral como el eje fundamental y sustentador del orden social, que se entienda como elemento principal a conservar, pero siempre porque ello reporta efectos concretos a nivel social. En definitiva, se trata de una moral para los hombres, y no advertir esta objeción podría suponer, al igual que en HEGEL con su *Imperio del Derecho*, convertir la pena en una mera venganza. Venganza

que, como se verá a continuación y como ya aludí, igualmente acontecería en el supuesto de que la pena se infligiera de manera privada, no pública. Y es que no es posible una moral desvinculada de los hombres.

Circunstancias éstas que, al igual que he entendido en el caso de la tesis hegeliana, acerca las posturas retribucionistas puras a las preventivo generales positivas, a las expectativas de un comportamiento o de usos sociales vinculados a la moral desde la perspectiva kantiana, y relativas a normas de convivencia según la perspectiva de HEGEL.

De no entenderse así, diríamos incorrectamente que “*el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social*”.⁸³ Y es que, aunque sea en último extremo, la moral que preconiza KANT no puede entenderse desvinculada de sus efectos sociales, de igual manera que tampoco puede obviarse en el caso de HEGEL, cuando nos habla del mantenimiento del *Derecho por el Derecho*.

La inmediata consecuencia de prescindir de la teoría de la retribución de la realidad social, es decir, de los bienes sociales como objeto de protección, no es otra que hacer imposible prescindir de la pena en aquellos supuestos en los que no sería necesaria, al no haberse visto afectados por la conducta del sujeto, ni la sociedad, ni el particular, atendiendo no a la comisión del hecho o a la culpabilidad del actor en el mismo, sino al resultado de la infracción de la norma, consecuencia de no necesaria producción. De ahí que se diga que la pena es un fin en sí misma, y se niegue cualquier tipo de utilidad que, en el caso planteado, implicaría la no necesidad de penar al individuo. En este sentido KLUG, asevera que “*la retribución carente de finalidad, con la que –ni para el autor ni para la sociedad– puede aspirarse a un bien, resulta, en definitiva, lesiva de la dignidad humana y por cierto, no solo en el sentido de las normas morales reconocidas, sino –transfiriéndolo al presente– también en un sentido constitucional*”.⁸⁴

Planteamiento el de los retribucionistas, que consideran está plenamente justificado. Y así HEGEL, al decir que el injusto penal se encuentra en la lesión del Derecho como Derecho, en la voluntad del delin-

⁸⁰ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., pp. 81 y ss.

⁸¹ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 20.

⁸² ROXIN, C., *Derecho...*, cit., p. 82.

⁸³ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁴ KLUG, U., “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, trad. BACIGALUPO ZAPATER, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970, p. 38.

cuenta que afirma el injusto; al contrario, es entonces cuando “*la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social*”.⁸⁵ Teorías que para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA están basadas en la represalia, “*en la venganza*”, pero que en ningún momento han sido demostradas.⁸⁶ Venganza, continua este autor, que queda patente cuando se impone un mal tras la comisión de un mal, sin que éste desaparezca con ello, configurándose la pena como un mero sufrimiento sin ninguna finalidad.

Podría entenderse que la tesis que considera la pena como una mera venganza o represalia estaría plenamente justificada si ésta se impusiera de manera privada, no pública, pues en definitiva viene legitimada por la trasgresión de una norma. Carecería de sentido un “castigo” si no respondiera al mantenimiento del orden jurídico, lo que se produciría en el supuesto de una pena no cognoscitiva para la sociedad. Sin embargo, esta reflexión nos lleva de nuevo a la crítica en cuanto a la negación por parte de los defensores de la retribución pura de cualquier fin o utilidad social de la pena, pues si lo que se pretende es el restablecimiento de la norma quebrantada, el Derecho por el Derecho que decía HEGEL, es porque éste arbitra la convivencia de los ciudadanos, destinatarios de las normas.

Una segunda crítica podría centrarse en el hecho de que la pena no puede fundamentarse de modo único en esa comisión del delito a la que se ha hecho referencia, pues para ello habría de ser cierto que cuando se produce la conducta del sujeto, éste fue completamente *libre*, lo que no es demostrable; que lo que es definido socialmente como delito, verdaderamente se trate de *injusto*, lo que no se corresponde con los cambios del propio Derecho penal; y que se castigara todo injusto, lo que es claro que el Derecho penal moderno no contempla. Ello nos lleva a decir, como es opinión de CUELLO CONTRERAS,⁸⁷ que el mero castigo no es siempre justo, o lo que es lo mismo, que por tal circunstancia la pena no puede entenderse desde la retribución pura.

Por su parte, los seguidores de la retribución consideran que ésta consigue limitar la pena, pues para

los delitos más graves se corresponden las penas más graves, y para los leves las penas inferiores, lo que frena el poder punitivo del Estado y evita la arbitrariedad.⁸⁸ Sin embargo, precisamente a las teorías retributivas se les reprocha el no limitar el *ius puniendi* del Estado, pues sólo prevén cómo ha de llegarse a la pena, por la proporcionalidad de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pero no qué conductas debieran castigarse, o dicho de otro modo, en qué casos debiera hacerse, lo que supone “*un auténtico cheque en blanco al legislador*”,⁸⁹ legitimándose con ello cualquier tipo de intervención del Derecho penal.

Hemos de reconducir estas consideraciones a la esfera de la individualización de la pena, donde efectivamente resulta necesario tomar en consideración elementos tales como la gravedad del resultado acontecido. Bajo mi criterio, si bien se entiende que delito y pena son proporcionales, sin embargo la retribución pura no explica la proporcionalidad respecto al resultado. Y con ello deja en entredicho la imposición de una pena que, en el caso concreto y en cuanto a su extensión, pudiera no ser adecuada o proporcional, al no tenerse en consideración elementos como el citado.

MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO⁹⁰ ponen de relieve ese *libre albedrío*, negando igualmente la posibilidad de que el Estado pueda imponer sanciones ante actos que no dependen de la voluntad del sujeto trasgresor de la norma.

Las teorías retributivas llevan a cabo el planteamiento de que el orden jurídico se restituye mediante el castigo; ¿y cómo puede compensarse el mal causado a través de otro mal proporcionado y equivalente? Es cierto que el daño sufrido por la víctima genera deseos tales como la venganza, lo que sin embargo no justifica que sea el Estado el encargado de *hacer justicia* cuando, por un lado, no se acredita su necesidad y, por otro, se ampara en la moral y la conciencia, algo que debe entenderse ajeno a la ciencia del Derecho penal. En relación con ello, como pone de relieve GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,⁹¹ se olvidan los retribucionistas que cuando se castiga a otro siempre se debe a razones de necesidad. Necesidad que para

⁸⁵ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., p. 84.

⁸⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 33.

⁸⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, cit., p. 90.

⁸⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, p. 20.

⁸⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 251.

⁹⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1993, p. 35.

⁹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 252.

los defensores de las teorías relativas surge cuando se hace necesaria la protección de los bienes jurídicos más importantes socialmente, debiendo atenerse al resultado producido con el delito y no sólo al hecho y a la culpabilidad. Ello, sin duda, porque el fundamento de la pena es lo que legitima su imposición.

De esta manera, la teoría retributiva es dogmáticamente insostenible en la actualidad, siendo desde el Estado de Derecho rechazables sus planteamientos, al confundir el medio con el fin (la retribución puede ser una manifestación de la pena, pero no un fin de la misma); y aunque quisiera verse la retribución como un fin, no sería el único de la pena, pues tienen cabida los de carácter preventivo.⁹²

Asimismo, como pone de relieve LÓPEZ BARJA DE QUIROGA,⁹³ la teoría de la retribución impone el castigo al autor culpable del hecho, lo que implica que esa culpabilidad se compense con el mal del autor; sin embargo, no parece posible basar la culpabilidad del sujeto en su libre voluntad, sin atender a otras circunstancias externas, como tampoco parece probable cuantificar de esta manera esa culpabilidad.

Afirman los defensores de las teorías absolutas que la influencia social de las penas así entendidas resulta más efectiva que las maniobras preventivistas, que sólo consiguen el *terror estatal* (la coacción). Sin embargo, en otro sentido puede decirse que, desde el momento en que la pena no aparece justificada de manera absoluta por ella misma, sino por efectos en la psicología social, esto es, intimidatorios, no podremos hablar de retribución pura; se trata de una retribución puesta al servicio de fines preventivistas, lo cual demuestra la imposibilidad de mantener la postura aducida.⁹⁴

Como concluyen COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN,⁹⁵ en el Estado de Derecho el hombre ha de ser observado como un fin en sí mismo, y no como un instrumento, como ocurre cuando se castiga sacrificando la libertad en pro de concepciones éticas sin duda discutibles. De esta manera, afirman, “*la objeción que los retribucionistas formulan a las concep-*

ciones utilitarias es, con mayor razón, aplicable a su propia teoría”.

IV. Esquema de las principales críticas a la prevención por la doctrina retribucionista

Las teorías relativas o preventivas han sido criticadas por autores que siguen las teorías de la retribución. BINDING⁹⁶ afirma que la teoría relativa ve en la acción del culpable un presupuesto necesario de la pena, pero no su fundamento. El auténtico fundamento de la pena en las teorías relativas es un peligro para la seguridad futura de la sociedad. La prevención general positiva no impone una pena a un asesino porque haya asesinado, sino porque se pretende —mediante su ejemplo— intimidar al resto de la población de su país. La teoría de la corrección (prevención especial positiva) no encarcela al ladrón porque haya violado bienes y libertades ajenos, sino porque demuestra una falta de seguridad moral. Estas teorías consideran al delito como presupuesto pero no como fundamento de la pena, preguntándose BINDING entonces por qué se impone la pena a un hecho concreto si éste no sirve de fundamento para la misma.

Sin ánimo de profundizar en ello en este momento, no obstante pueden enumerarse brevemente las críticas a las teorías preventivas, utilizando para ello el esquema introducido por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA:⁹⁷

- En relación con la prevención general negativa, son tres las principales críticas, a saber:
 - a) La primera podría decirse que es de índole moral y axiológica; la pena instrumentaliza al hombre, siendo el objeto de fines preventivistas, pues el castigo no guarda relación directa con el hecho que ha cometido sino que es el medio para lograr que el resto de la sociedad no delinca. Ello sin duda hace que se vulnere la dignidad de la persona, que queda instrumentalizada, y que el Derecho penal degrade su función.

⁹² En este sentido, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general*, t. 1. *Fundamentos científicos del Derecho penal*, Barcelona, 2008, p. 67.

⁹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 33.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.^º, *Aproximación...*, cit., p. 329.

⁹⁵ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., pp. 813 y 814.

⁹⁶ BINDING, K., *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart IV*, 1877, pp. 420 y ss., citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 43 y 44.

⁹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., pp. 265 y ss.

- b) Por su parte, se reprocha a la teoría preventivo-negativa su simplicidad, por la manera de concebir el proceso anímico o contramotivador de la sociedad, a través de la norma jurídica. Y no siempre es posible entrar a motivar a un sujeto, por lo que la eficacia disuasoria de la norma es muy cuestionable, sobre todo en los delitos contra la vida.
 - c) Una tercera crítica alude al *terror estatal*. La amenaza con que se conmina, sin duda sobrepasa en ocasiones las barreras de lo permitido, en tanto que el utilitarismo no conoce fronteras, lo que históricamente ha quedado demostrado.
- En relación con la prevención general positiva, se objeta:
 - a) Responde a un modelo *tecnocrático, legitimador y acrítico*. La esencia de la pena pasa por la subjetividad del individuo y del mundo de los valores, eludiendo cualquier otra reflexión crítica ajena a la funcionabilidad del castigo para el sistema.
 - b) Al definir el delito como deslealtad al Ordenamiento, se incurre en el error de desvincularlo de los bienes jurídicos que se protegen. Para sus críticos, estamos ante un *neorretribucionismo* que antepone incluso la preservación del sistema a los valores y derechos de los individuos.
 - c) Igualmente es criticado que se potencie la intervención penal del Estado, en lugar de limitarla.
 - Por último, en referencia a la prevención especial, tanto positiva como negativa, las críticas se han centrado en:
 - a) Si bien es cierto que la pena pudiera tener fines preventivo-especiales, sin embargo, y de ser así considerado, no serían los únicos que la fundamentasen, pues no es posible una pena cuya finalidad sea, de modo exclusivo, la resocialización del infractor.

Y ello porque cuando se habla de la posibilidad de reinsertar al individuo es porque ya se ha impuesto la pena, lo cual demuestra que la misma no responde exclusivamente a esta función, sino que hay otras que fundamentan su motivación.

 - b) En cuanto a sus premisas, se consideran desacertadas, pues resulta del todo utópico pensar

que el tratamiento al delincuente pueda sustituir en el futuro a la pena, y porque la imposición de la pena tampoco responde a un reconocimiento positivo del *libre albedrío*, sino que lo que se debe hacer de principio es frenar el *ius puniendi* del Estado, no pudiendo penar cuando no hay culpa, y cuando la hay no pudiendo la pena superarla.

- c) Además, los conceptos utilizados de *resocialización* o *peligrosidad* ofrecen muchos reparos. Ambos constriñen la dignidad de la persona, pues, en el primer caso, no siempre el individuo quiere ser resocializado, y además tampoco es quien el Estado para imponer una determinada educación sobre el individuo, lo que atentaría contra su libertad; *educación*, también término impreciso, que no está claro si viene referido o no a nivel cultural, por lo que no sería necesario en determinados supuestos. Y en cuanto a la *peligrosidad*, no es un término acertado, pues no hace referencia a ninguna condición específica del ser humano, sino a una cualidad negativa que puede existir también en las cosas y en los animales.

Igual de desacertado es tachar al delincuente de *enfermo* o *necesitado*, concepción ante todo clasista.

V. La teoría de la expiación en el ordenamiento jurídico-penal español

Como ya he advertido en líneas anteriores, la teoría de la expiación supone la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el Ordenamiento jurídico quebrantado, lo que se consigue cuando se produce el arrepentimiento del culpable. En palabras de JAKOBS,⁹⁸ supone la comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad.

En cuanto a las manifestaciones de la teoría de la expiación que pueden observarse en el Ordenamiento jurídico español, destacan, entre otras, el artículo 25 de la Ley de 18 de junio de 1870 sobre el Ejercicio de la Gracia de Indulto, que establece, al hacer referencia al informe que debe elaborar el tribunal sentenciador, dentro del procedimiento para la concesión

⁹⁸ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 25.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

del indulto, que en él deben figurar, entre otras circunstancias, “especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado...” La doctrina ha destacado la paradoja que supone el que una persona haya mantenido durante todo el procedimiento su inocencia (derecho fundamental al amparo del artículo 24.2 de la Constitución Española) y, sin embargo, se valore posteriormente, una vez que existe sentencia condenatoria, las pruebas de su “arrepentimiento” sobre una conducta culpable.

Otra manifestación de la teoría de la expiación podría consistir en la medida de amonestación prevista en el artículo 7.1, apartado 1, de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, consistente, según el tenor literal del precepto, en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro. Por tanto, se le hace ver el alcance de la infracción que ha cometido, al tiempo que se intenta su reconciliación con la sociedad.

En este punto podría llegar a plantearse, en el mismo sentido que el anteriormente mencionado, si la tercera vía a la que actualmente se hace referencia en el cumplimiento de las penas, como finalidad de las mismas y haciéndolas ir más allá del cumplimiento y de la reinserción, es decir, la reparación del daño, no podría conectarse también con la teoría de la expiación. Al fin y al cabo, lo que se persigue con la reparación del daño causado y con el hecho de poner en relación, en la medida de lo posible, al autor del hecho con la víctima del delito, es que aquél comprenda cuáles han sido las consecuencias de sus actos, la repercusión que éstos han tenido en la sociedad y en el perjudicado, e intentar que se reconcilie con aquélla. En cualquier caso, se trata de un supuesto susceptible de discusión.

Igualmente, puede plantear dudas la presencia de la teoría de la expiación en la figura de los *arrepentidos*, concretamente en el supuesto de atenuación de la responsabilidad criminal que contempla la Parte Especial del Código Penal en materia de tráfico de drogas, en el artículo 376. En el mismo se favorece a quien “*haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas*

y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”. A diferencia de lo que ocurre en la Ley del Indulto, en esta figura el arrepentimiento ha de ser previo, bien antes de la producción del resultado del delito, o bien una vez consumado pero antes de que recaiga una sentencia condenatoria. En cualquier caso, se exige que se produzca el arrepentimiento del sujeto que quiere beneficiarse de la atenuación de responsabilidad, lo que lleva en la práctica, ante la imposibilidad de probar la existencia de dicho arrepentimiento, a otorgar la atenuación cuando se produce la colaboración activa que el citado artículo exige. Se trata, por tanto, de una forma de objetivar dicho arrepentimiento, lo que, como se dice, nos aleja de la teoría de la expiación y de la búsqueda del ánimo de contrición de quien se considera autor de una conducta punible.

Se da lugar con estas reglas de atenuación de la responsabilidad criminal a la figura del *arrepentido*, o a la del *delator*, que presenta problemas desde el punto de vista de la valoración de la prueba en el proceso penal. El examen de las Sentencias del Tribunal Constitucional referidas a la valoración de las declaraciones de los coimputados nos lleva a entender que existen dos etapas diferenciadas en la jurisprudencia del Alto Tribunal, tal y como afirma la Sentencia de la Sala Primera, número 207/2002, de 11 de noviembre de 2002 [RTC 2002\207]: una primera fase en la que se entiende que la declaración de los coimputados constituía una actividad probatoria de cargo bastante, pues no había ninguna norma expresa que descalificara su valor probatorio; y una segunda fase que comienza con la Sentencia de la Sala Segunda, número 153/1997, de 29 de septiembre de 1997 [RTC 1997\153], y que perdura hasta la actualidad, en la que se entiende que las referidas declaraciones carecen de consistencia plena como prueba de cargo, cuando siendo únicas no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas.

El problema que se presenta en relación con tales declaraciones de coimputados arrepentidos, es que no se exige una corroboración plena de lo declarado, sino tan sólo que la declaración del coimputado esté avalada por

⁹⁹ Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 115/1998, de 1º de junio de 1998 [RTC 1998\115].

¹⁰⁰ En este sentido, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 68/2001, de 17 de marzo de 2001 [RTC2001\68], o la Sentencia de la Sala Segunda número 68/2002, de 21 de marzo de 2002 [RTC 2002\68].

algún hecho, dato o circunstancia externa, a fin de que pueda estimarse corroborada, o que se añada a las declaraciones del coimputado “*algún dato que corrobore mínimamente su contenido*”,⁹⁹ dejando a la casuística, como no puede ser de otro modo, la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración,¹⁰⁰ con los problemas que esto conlleva.

Lo anterior, junto a otros argumentos que no es posible entrar a examinar en el presente momento, lleva a la doctrina mayoritaria a criticar el instituto de los denominados, o mejor dicho, mal denominados *arrepentidos*. Así, la declaración imputando o acusando a otro coimputado puede obedecer a motivos no siempre francos o ligados efectivamente al arrepentimiento, sino a móviles de venganza, fines espurios, etc., y dada su subjetividad son difíciles de investigar o acreditar en el ámbito del proceso penal, reduciendo la cuestión, como ya se ha indicado, a una simple colaboración objetiva con las autoridades en la investigación de dichas actividades y de otros responsables. A esto habría que añadir la paradoja que supone el poder llegar al mismo resultado mediante la aplicación del artículo 376 del Código Penal, que mediante la aplicación de las atenuantes de los artículos 21.4^a o 21.5^a, incluso 21.7^a en relación con las dos primeras, si se dan como muy cualificadas, en virtud del artículo 66.2^a de la misma norma penal, lo que en definitiva hace innecesaria la figura establecida en Parte Especial en relación con determinados delitos.

La teoría de la expiación resultaría también recogida en relación con los presupuestos para alcanzar los beneficios penitenciarios y la libertad condicional a las personas condenadas por delitos regulados en el Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II del Código Penal, esto es, en relación con los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y de terrorismo, al preverse en el artículo 90.8 de la norma penal sustantiva que para el acceso al tercer grado y la obtención de la libertad condicional en el caso de miembros de las organizaciones terroristas, será preciso que los mismos muestren signos inequívocos de abandono de las actividades terroristas y colaboran activamente con las Autoridades.¹⁰¹

Por último, cabría plantearse la posibilidad de observar la presencia de la teoría de la expiación en el perdón del ofendido. Dicho perdón se contempla en el Código Penal, tanto en los supuestos en los que la víctima puede renunciar a la acción penal, cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de parte, como en otros supuestos de extinción de la pena (artículo 130.5^o del Código Penal), en los que el perdón ha de ser otorgado de forma expresa, antes de que se dicte sentencia. Dicho perdón supone igualmente la confrontación del delincuente con la víctima, pero se entiende que la carga de enfrentarse con la realidad del delito recae sobre la víctima y no sobre el culpable. Para apreciar la teoría de la expiación habría que presuponer que, si existe perdón, es porque previamente se ha dado el arrepentimiento del autor del delito, aunque lo cierto es que no siempre esto podría haber tenido lugar.

VI. La retribución en el Ordenamiento jurídico-penal español

No es posible referirse a los fines de la pena en el Ordenamiento jurídico español sin hacer alusión al artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978, el cual prevé que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación social y la reinserción social...*” No obstante, a pesar de su tenor literal, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que esa finalidad preventivo-especial a que se refiere el citado artículo 25.2 no es la única, pudiendo convivir con otras finalidades, así de prevención general, aunque limitadas siempre por el principio de proporcionalidad. En cuanto a éste último, se reconoce que la proporcionalidad es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no vulnere el Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad.

Dicho lo anterior, lo cierto es que, como se expondrá a continuación, desde el punto de vista constitucional las concepciones retributivas han sido objeto de críticas. Asimismo, resulta oportuno detenerse a examinar la proporcionalidad y la culpabilidad como

¹⁰¹ Vid. también el artículo 72.6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, introducido por el artículo 3^o de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

¹⁰² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el Ordenamiento Constitucional español*, Granada, 2001, pp. 92 y ss.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

elementos retributivos en el momento de la determinación de la pena.

1. Exclusión constitucional de la retribución pura

Las críticas a las concepciones retributivas y a sus defensores, desde el punto de vista constitucional, pueden resumirse de la siguiente manera, siguiendo para ello el esquema dado por ÁLVAREZ GARCÍA:¹⁰²

- En primer lugar, los llamados retribucionistas, incluidos KANT y HEGEL, no admiten la posibilidad de que se pueda prescindir de la pena en ningún caso, pues la esencia de las teorías absolutas o retributivas consiste en el inexorable castigo del individuo, sinónimo de justicia. Por el contrario, nos encontramos inmersos en un sistema normativo en el que tal base carece de toda legitimación y fundamento, habida cuenta de la existencia en nuestro Ordenamiento de figuras tales como la prescripción del delito, la prescripción de la pena, la condena condicional o el indulto. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma “[...] desde su originaria plasmación en la Ley de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908 (en lo sucesivo, LCC), dicho instituto se presenta como una excepción a la regla general de efectivo y real cumplimiento de las penas impuestas, por indicaciones de naturaleza político-criminal derivadas de la exigencia de que las penas privativas de libertad se orienten hacia la reeducación y la reinserción social, tal y como actualmente se explicita en el art. 25.2

CE [...]”.¹⁰³ “Así lo indicó certeramente la STC 112/1996 (fundamento jurídico 4): ‘La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social’ (art. 25.2 de la CE) o, como ha señalado la STC19/1998, la ‘corrección y readaptación del penado’, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento”.¹⁰⁴

- Tampoco pueden apoyarse las teorías retribucionistas, ya que contemplan en un mismo plano al delito y la sanción, como iguales en su género, cuando en realidad, en palabras de MEZGER, “se trata de magnitudes inconmensurables”.¹⁰⁵ Por ello la afirmación de que al daño causado le corresponde una sanción equivalente, máxima de justicia, no resulta ni real ni posible, al no ser comparables delito y pena; y al no poderse comparar, y tener que recurrirse para ello a elementos externos, no puede entenderse tal comparación.¹⁰⁶

Basarse en el hecho de que delito y pena son comparables y que, por tanto, es posible llegar a la retribución justa por el mal causado, no se corresponde con nuestro sistema constitucional, pues, entre otros, el principio de proporcionalidad quedaría vulnerado,¹⁰⁷ siendo preciso tener en cuenta elementos tales como la culpabilidad, o las posibles causas de justificación que pudieran concurrir. En este sentido va el Tribunal Constitucional, al señalar que “[...] no sería constitucionalmente legítimo un Derecho

¹⁰³ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 209/1993, de 28 de junio de 1993 [RTC 1993\209].

¹⁰⁴ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 81/1997, de 22 de abril de 1997 [RTC 1997\81].

¹⁰⁵ MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957, pp. 398 y ss.

¹⁰⁶ Al respecto, entiendo que efectivamente no resultan comparables en un mismo plano el delito y la sanción, si bien conviene hacer matices. Es correcta la tesis retribucionista que presenta como equivalentes a uno y a otra, pues lo que viene a significar no es otra cosa que a un delito le corresponde una sanción, y que ésta debe ser proporcional a aquél; sin embargo si resulta criticable esa equiparación, si se analiza desde la individualización de la pena, como hemos mantenido en anteriores reflexiones, ya que no es posible, en el caso concreto de que se trate, la comparación de un delito con una pena en abstracto; es decir, lo que entendemos constitucionalmente criticable no es sino la adjudicación sin más de una pena en atención a un hecho típico, pues para ello se requieren elementos externos, como son la culpabilidad del autor o la gravedad del resultado producido. Ello es definitivo en fase judicial a la hora de establecer la extensión de la pena, la magnitud de la misma.

Por tanto, si bien entendemos comparables el delito y la pena en un mismo plano, no ocurre así a la hora de calcular la magnitud que dicha pena ha de tener, pues para su justa extensión se requieren otros elementos externos que encaucen su graduación; eso sí, partiendo siempre de la pena en abstracto prevista normativamente.

¹⁰⁷ Cuando se habla de una quiebra del principio de proporcionalidad, ha de entenderse especialmente referida al momento de la individualización de la pena, como dijimos. No se cuestiona la proporcionalidad del delito con la pena en abstracto prevista para el mismo, sino que a la hora de establecer su extensión se tengan en cuenta otros elementos que permitan que la pena sea justa y proporcionada.

¹⁰⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 150/1991, de 4 de julio de 1991 [RTC 1991\150].

¹⁰⁹ Entendiéndose que, a la hora de establecer la pena, la retribución pura sí toma en consideración la culpabilidad del autor junto con el hecho cometido, que no la gravedad del resultado que se produce.

¹¹⁰ ROXIN, C., “Sentido...”, *cit.*, p. 14.

penal 'de autor' que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos".^{108, 109}

- Una tercera crítica se centra en la imposibilidad de compensar la lesión del bien jurídico a través del sufrimiento, no entendiéndose “cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”,¹¹⁰ lo que no está reñido con la necesidad de que ciertas lesiones en los bienes jurídicos hayan de ser amparadas. En cuanto a esta cuestión, el Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado que: “Pena degradante es la que provoca ‘una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena’ (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4.º, y 89/1987, fundamento jurídico 2.º) [...]”.¹¹¹
- Se dice, en apoyo de estas tesis, que la retribución consigue limitar la pena, pues para los delitos más graves se corresponden las penas más graves, y para los leves las penas inferiores, lo que frena el poder punitivo del Estado y evita la arbitrariedad.¹¹²

Si bien es cierto que las conductas más graves llevan aparejadas sanciones mayores, ello no ha de justificarse en un puro retribucionismo, pues, como de nuevo señala el Tribunal Constitucional, “[...] Lo que ocurre es que el legislador, por la misma razón que considera unos delitos más graves que otros, ha estimado, en opción constitucionalmente válida, que la persistencia en el delito y la rebeldía ante la norma debe tener como correlato una superior pena, atendido los fines de Prevención general y especial...”.¹¹³

Autores como LUZÓN PEÑA, ÁLVAREZ GARCÍA o MIR PUIG sostienen que es comprensible la proporción entre el delito y la pena, y que dicha proporción sólo puede lograrse desde la perspectiva de

la prevención general.¹¹⁴ En este sentido, el Tribunal Constitucional se pronuncia en iguales términos al decir que “[...] el juicio sobre la proporcionalidad de la pena [...] es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad penal derivado de ella [...]”.¹¹⁵

- Las teorías absolutas vinculan la retribución a la culpabilidad, cuando, sin embargo, la culpabilidad es algo impreciso que requiere del análisis de elementos subjetivos. Junto a ello, consideran que la retribución es el resultado más justo al que se puede llegar, argumentando una moral que es completamente ajena al Derecho.

Puede concluirse, por tanto, que en nuestro Derecho la pena no puede ser explicada desde las teorías retribucionistas o absolutas; los artículos 10.1, 16.1 y 25.2 de la Constitución Española no permiten considerar la pena como una pura retribución por el mal causado por el delito, esto es, no permiten basar el *ius puniendi* del Estado en el “libre albedrío”, no siendo posible tampoco afirmar que el mal causado vaya a desaparecer con la pena, ni que la sanción haya de consistir o deba tener la misma entidad que el daño. Cosa distinta, y hay que diferenciarlo, es que la sociedad demande un cierto retribucionismo que reafirme la vigencia de la norma frente a la conducta delictiva.

En cualquier caso, y como aspecto positivo de la retribución, cabe afirmar, como ya se ha dicho en líneas anteriores, que la esencia retributiva tiene un contenido garantizador a través del principio de proporcionalidad. No se admite por la doctrina la finalidad retributiva de las penas, porque se entiende la proporcionalidad como límite a las finalidades preventivas y no como objetivo específico a perseguir. Sin embargo, ha de añadirse que esa necesaria y positiva proporcionalidad se puede alcanzar por otros medios,

¹¹¹ Vid. cita núm. 108.

¹¹² MORILLAS CUEVA, L., *Teoría...*, cit., p. 20.

¹¹³ Vid. cita núm. 108.

¹¹⁴ Vid., en este sentido, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 98; MIR PUIG, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núms. 43-44, 1981, p. 80.

¹¹⁵ Vid. cita núm. 108.

¹¹⁶ Vid. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 72 y ss.

por lo que puede afirmarse que ese único aspecto positivo no es exclusivo de las teorías absolutas.

2. La pena proporcionada a la gravedad del delito¹¹⁶

En efecto, el principio de proporcionalidad debe jugar como límite de las necesidades preventivas: es límite de la prevención general, porque evita los excesos de la pura intimidación y sirve como requisito de su eficacia, puesto que asegura la aptitud de las normas para motivar a los ciudadanos; y es también límite de la prevención especial, para que no puedan restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionada al delito, con el pretexto de reeducarlos.

De este modo, la discusión sobre los fines de la pena adquiere una especial relevancia práctica en el momento en que debe elegirse una pena concreta a imponer, que será distinta según el fin que se pretenda. La determinación de pena se configura como un proceso que comienza en la ley, con el establecimiento de la pena que corresponde a cada delito (marco penal abstracto) y concluye, en el momento en el que el Juez establece la pena concreta (individualización judicial).

En el momento de determinación del marco legal, el Juez puede buscar, por encima de todo,¹¹⁷ que la gravedad de la pena equivalga a la gravedad del delito para imponer el castigo justo, con independencia de lo que aconseje la prevención de futuros delitos, buscando por tanto en el concepto retribucionista de pena y que plantea el problema de qué se entiende por castigo justo; y también puede buscar que la pena sea suficiente para que el reo no vuelva a delinquir y se integre en las normas de convivencia social, o bien que sea suficiente para servir de escarmiento al resto de los ciudadanos.

Interesa en este momento esencialmente lo atinente a la búsqueda de la proporcionalidad de la pena, tanto en el momento de fijar un marco general abstracto para la determinación de la misma como en el momento posterior de individualización judicial propiamente dicha, en el que opera como factor real de individualización; y asimismo, lo concerniente a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor como elemen-

tos concretos, en conexión con la proporcionalidad en sentido abstracto.

Concluye LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹¹⁸ que, sean cuales fueren las reglas que el sistema penal ofrezca para la determinación de la pena, resulta claro que han de venir presididas primeramente por el principio de culpabilidad, que es el fundamento de la pena, sin que pueda imponerse una pena superior al límite de la culpabilidad de la persona y, por otra parte, por los principios de igualdad y proporcionalidad. Sentados estos principios, podrán aplicarse los criterios de prevención general o especial, en función del que se considere adecuado.

Respecto de la culpabilidad y su influencia en el momento de individualización de la pena, existen diversas teorías:¹¹⁹ aquellas que consideran que la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena; aquellas que renuncian a la culpabilidad como fundamento y como límite; y por último, las que afirman que la culpabilidad es el límite pero no el fundamento de la pena. No obstante, sobre lo que sí parece existir acuerdo en la doctrina es sobre el hecho de que la pena no puede ir más allá del límite impuesto por la culpabilidad, así como la necesidad de cumplir con la pena para fines preventivos. A efecto de desarrollar estos principios en el momento de la determinación de la pena, se han elaborado diversas teorías:¹²⁰

- *Teoría del ámbito del juego*, que parte de considerar la pena medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que no puede medirse hasta un punto concreto, sino que proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta, ésta conforme a criterios de prevención especial.
- *Teoría de la pena exacta*, sin que sea posible admitir un marco o una zona adecuada a la culpabilidad, concretando un punto exacto en el que el contenido de la pena es adecuado a la culpabilidad del sujeto.
- *Teoría del valor de la posición*, para la que los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada. Para determinar la

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

¹¹⁸ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 212.

¹¹⁹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999, p. 251.

¹²⁰ Sistematizadas por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., pp. 214-216.

duración se atenderá a criterios retributivos en función de la culpabilidad; después tendrán relevancia otros criterios, derivados de fines preventivos, para examinar los demás aspectos, tales como la clase de pena o si procede o no conceder la suspensión condicional de la misma.

Resulta interesante sin duda, determinar cuáles son los elementos fácticos de la individualización penal, aquellos que ofrecen interés en cuanto a los fines de la pena, para la clase y cuantía de ésta y para su suspensión condicional. Cita JESCHECK¹²¹ como tales el desvalor del resultado (por ejemplo, el valor de la cosa hurtada), el desvalor del acto (como puede ser la particular brutalidad en el caso del delincuente sexual), la culpabilidad, el incremento del mismo delito en una zona (como forma de prevención general) y la carencia de antecedentes penales (como prevención especial). Expresado de otro modo,¹²² y sistematizándolos:

- El contenido del injusto (significación del delito para el Ordenamiento jurídico violado) y de la culpabilidad (gravedad del reproche al reo por el delito cometido). Estos elementos provienen de las teorías retributivas, pudiendo afirmar que el contenido del injusto deriva del valor otorgado por HEGEL a la lesión de la lesión, y la culpabilidad como proporcionalidad o retribución entre la pena y el reproche al reo.
- La personalidad del reo, es decir, las circunstancias económicas y personales.
- La vida anterior del reo y su conducta posterior al delito, valorando si se trata de un hecho aislado y si se ha procedido a la reparación del daño. Valorando igualmente, dentro de esta conducta, su comportamiento durante el proceso.

En cualquier caso, en la individualización de la pena y en la valoración de la gravedad del hecho no

pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal¹²³ (prohibición de doble valoración). No podrá volver a valorarse, por ejemplo, la no producción del resultado si ya se aplicó el tipo atenuado correspondiente a la tentativa, o la disminución en la capacidad de culpabilidad si ya se aplicó una eximente incompleta.

Partiendo de la concepción antes enunciada sobre la culpabilidad en la individualización de la pena, que considera a la misma como su fundamento, se entiende que el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable, sin olvidar, claro está, como complemento, los efectos que la pena puede tener sobre la vida futura del penado (cláusula de prevención especial). Se parte siempre de las teorías de la compensación, afirmando una vez más que la proporcionalidad basada en la gravedad por el hecho cometido opera como base y límite del resto de los fines de la pena.

Puede decirse, por tanto, que el principio de culpabilidad y los de proporcionalidad e igualdad operan en el momento de concretar un marco legal abstracto, aplicando las reglas establecidas para éste, como el grado de ejecución del delito, el grado de participación, las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, etc. Pero habrá que volver a tenerlos en cuenta en el momento de individualización judicial *stricto sensu*, siempre sin olvidar la prohibición de doble valoración. En todo caso, no es posible afirmar que estos principios de culpabilidad y proporcionalidad estén operando en el Ordenamiento jurídico español en el sentido en que eran utilizados por KANT o HEGEL, puesto que en el Código Penal vigente y conforme a la interpretación constitucional antes vista aparecen institutos que permiten la excepción en la imposición de la pena, lo que no se admitía por los retribucionistas, como pueden ser la condena condicional, la prescripción del delito, de la pena, las circunstancias eximentes o las excusas absolutorias. No es posible hablar, por

¹²¹ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. 2, trad. MIR PUIG, S., y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1981, p. 1195.

¹²² *Ibidem*, pp. 1205 y ss.

¹²³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997, pp. 173 y 174.

¹²⁴ Existen opiniones contrarias en torno a esta forma de individualización, entendiendo otros autores como LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999, que las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal operan, no en el momento de concreción del marco penal aplicable, sino en el de la individualización judicial *stricto sensu*. Antes de seguir adelante, es de significar la toma de postura adoptada a favor de la tesis expuesta por CHOCLÁN MONTALVO, puesto que es cierto que la determinación del marco legal debe realizarse tanto si la previsión de atenuación o agravación está prevista en parte general, artículos 21 y 22, como en parte especial del Código (como supuestos de subtipos atenuados o agravados), al igual que ocurre con las formas imperfectas de ejecución que influyen en la primera fase y no son valoradas en la individualización *stricto sensu*.

tanto, de una identificación total entre los principios mencionados por aquéllos y los aplicados en nuestro Ordenamiento como fundamento para la imposición de la pena, y como límite para las demás teorías preventivas, aunque, como se viene afirmando, sirven como fundamento para la determinación de la pena.

En el artículo 66.1 del Código Penal se establecen como *factores reales en la individualización penal*¹²⁴ la gravedad por el hecho y las circunstancias personales del delincuente. Estos criterios legales deben reglar la discrecionalidad del Juez en el momento de individualizar la pena. Afirma la doctrina¹²⁵ que hubiera sido deseable que el legislador hubiera tasado con más detalle los factores a tener en cuenta en este momento de determinación de la pena, no obstante lo cual, centrándonos en los criterios antes mencionados del artículo 66.1 del Código Penal, parece determinarse con claridad que los presupuestos que deben presidir la función judicial de individualización de la pena son, en primer lugar, la determinación del marco penal adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho (incluyendo la culpabilidad en sentido dogmático y la gravedad del injusto del hecho realizado) y, en segundo lugar, la valoración de la personalidad del autor en la fijación de la pena definitiva dentro de esa magnitud penal adecuada a la gravedad.

En cuanto a la *cuantificación de la culpabilidad*, esto es, en cuanto a la determinación de la pena adecuada a la culpabilidad, *“importa fijar un mínimo y un máximo de pena (el espacio de juego), entre cuyos límites puede considerarse que la pena es ya adecuada a la culpabilidad y todavía adecuada a ella”*.¹²⁶ Los parámetros que debe manejar el aplicador del Derecho para establecer la culpabilidad han sido sistematizados por la jurisprudencia, habiéndose establecido como criterios para medir la gravedad de la culpabilidad los siguientes: la gravedad de la ilicitud cometida, las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma, y el mayor o menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron a actuar al autor. La cuantificación de la culpabilidad se presenta como una operación complementaria de la determinación del marco legal abstracto, con la concreción ulterior por la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Sin ánimo de exhaustividad en este momento, haré referencia a continuación a la *gravedad del injusto*, comprensiva tanto de la gravedad de la acción como de la gravedad del resultado.

En relación con la gravedad de la acción, CHOCLÁN MONTALVO¹²⁷ incluye como factores:

- De una parte, la forma de ejecución del delito, es decir, determinados medios, modos o formas de comisión del delito que tienen un valor indiciario para valorar la gravedad del hecho, cuando el tipo no incorpore esta circunstancia en la determinación del marco penal (por ejemplo, en el artículo 148.1º del Código Penal, al hablar de las lesiones, la agravación que supone el empleo de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la salud). También la distinción entre los delitos cometidos por acción o por omisión, suponiendo un mayor desvalor el primer caso dada la mayor energía criminal. O en los delitos de infracción de un deber, la exigibilidad de éste.
- Y de otra parte, la voluntad aplicada al delito, la tenacidad o debilidad de la voluntad.

En la gravedad del resultado, son relevantes circunstancias tales como la magnitud del daño causado en los delitos de resultado, o el grado de puesta en peligro del objeto protegido, en los delitos de peligro. También podrán considerarse criterios para la graduación, la unidad o pluralidad de sujetos pasivos en los delitos patrimoniales, cuando esta circunstancia no esté especialmente prevista en el tipo delictivo como forma agravada, la situación en que ha quedado la víctima o su familia fuera también de los casos en que esta posibilidad esté prevista. Para la valoración del daño deben tenerse en cuenta tanto las consecuencias materiales (por ejemplo, el homicidio del padre de familia que sustenta económicamente a toda la familia) como psíquicas (por ejemplo, la pérdida del único hijo), planteándose en este punto si es necesario que esas consecuencias sean previstas por el autor y, aun así, haya decidido a cometer el delito, o si se tienen en cuenta al graduar la pena con independencia de que el autor las conozca y solamente por la mayor reprochabilidad social que suponen. En relación

¹²⁵ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 175.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 178.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 181 y 182.

con este extremo, conviene destacar una de las críticas formuladas a las teorías absolutas, la relativa al olvido que se produce del resultado producido por el delito. Esta gravedad del resultado opera como factor de individualización de la pena y, sin embargo, no era tenido en cuenta por aquellas teorías.

En cuanto a la culpabilidad *stricto sensu*, viene determinada por el valor o desvalor ético de los motivos que impulsaron al autor que, a su vez, produce una mayor o menor reprochabilidad por el delito. Se distingue por la doctrina entre estímulos externos (penuria económica, instigación política, etc.) y los móviles internos (odio, ánimo de lucro, codicia, etc.), interesando siempre el grado de fuerza del motivo y su valor ético. No es posible, por tanto, individualizar la pena sin recurrir, en cierto modo, a criterios éticos o morales.

En relación con la *personalidad del reo*: volviendo a los términos empleados por JESCHECK,¹²⁸ dentro de la personalidad del reo han de incluirse sus circunstancias personales (origen y educación, estado familiar, salud física y mental, posición profesional y social, sensibilidad del reo frente a la pena, etc.) y económicas (en la medida en que la difícil situación económica haya sido el móvil del delito); también la vida anterior del reo y su conducta después del delito. La vida anterior resulta interesante en la individualización en la medida en que el delito constituya un hecho aislado excepcional para el normal comportamiento del reo, y como motivo de agravación la reincidencia por la comisión de delitos de distinta naturaleza. Su conducta después del delito será valorada tanto si contribuye a la reparación del daño como si, por el contrario, persiste en el quebrantamiento de la norma. Este factor real de individualización tampoco sería tenido en cuenta por las teorías retribucionistas, puesto que éstas se basan únicamente en la retribución por el hecho cometido, sin que influyan elementos personales o subjetivos del autor.

Este criterio¹²⁹ es utilizado por el Código Penal en diversos preceptos, aludiendo a las circunstancias personales del delincuente en el artículo 4.3 para los supuestos en que el Juez o Tribunal estime conveniente la derogación o modificación de un precepto o

la concesión de un indulto, en el artículo 68 al hablar de las eximentes incompletas, y en el artículo 80 para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Adquiere también un papel sumamente relevante en el artículo 95, como base de la adopción de medidas de seguridad.

También en este factor de individualización hay que analizar previamente los fines que persigue la pena en concreto; la valoración de dicho factor dependerá de los fines a los que se conceda validez.

A modo de conclusión en relación con la individualización judicial de la pena y utilizando las palabras de JORGE BARREIRO,¹³⁰ puede afirmarse que resultará difícil para el Juez operar en la práctica con el principio de culpabilidad por el hecho y con la doctrina de la unión dialéctica de la pena que de él se deriva. Ello se debe, en primer lugar, a la complejidad en la cuantificación matemática del margen superior del *espacio de juego*, así como a la dificultad de deslindar la culpabilidad por el hecho de las razones de prevención general, o de separar las circunstancias personales del reo que ha de ponderar en el concepto de culpabilidad de las que ha de evaluar dentro del capítulo de la prevención especial. A todo ello se suma la inexistencia de datos empíricos que le informen acerca del pronóstico de reinserción del reo que juzga. Todos estos inconvenientes hacen necesario, a juicio del citado autor, que se plasmen en la sentencia todos los datos que han de servir para motivar la cuantía de la pena, permitiendo el autocontrol de las propias decisiones, evitando la improvisación, la arbitrariedad, la irracionalidad, la intuición y la emotividad, facilitando, además, la revisión de las resoluciones por los tribunales funcionalmente superiores.

Finalmente, cabe referirse a lo que GARCÍA ARÁN¹³¹ denomina el "*lastre retribucionista*", añadiendo que aunque la doctrina penal considere superada la retribución como un objetivo a perseguir que pueda prevalecer sobre otras orientaciones de la pena, lo cierto es que la búsqueda de la compensación del delito mediante la segregación social del responsable y, en suma, el sentimiento de venganza, siguen estando considerablemente arraigados en la sociedad actual, sirviendo como ejemplo claro el debate que hace escasos

¹²⁸ JESCHECK, H.H., *Tratado...*, vol. 2, *cit.*, pp. 1205 y ss.

¹²⁹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general...*, *cit.*, p. 303.

¹³⁰ JORGE BARREIRO, A., "La motivación en la individualización judicial de la pena", en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación Continuada*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 112-115.

¹³¹ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 43 y 44.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

años hubo sobre el cumplimiento íntegro de las penas y el artículo 78 del Código Penal.

El artículo 78 disponía, con anterioridad a su reforma, que “*si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento*”.

Este artículo no tenía precedente en el Texto Refundido del Código Penal de 1973, estableciéndose como un límite a su vez al sistema de acumulación jurídica, una vez planteado el problema de si los beneficios penitenciarios debían aplicarse sobre el máximo de condena del artículo 76 o sobre la totalidad de la pena impuesta. Conforme al citado precepto, los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se computarían tomando como base el límite máximo resultante de la acumulación material, lo que a juicio de algunos autores¹³² suponía realmente la supresión de dichos beneficios, pero sin que en ningún caso pueda hablarse de un cumplimiento íntegro de las penas, sino que, como máximo, operaría siempre el límite ordinario o extraordinario del artículo 76. Se trata, por tanto, de un modo de compensar la reducción de la pena por el límite de cumplimiento en los concursos de delitos, con una posible privación de beneficios.

Fue igualmente criticado por la doctrina, actualmente suprimido del precepto, el hecho de que la aplicación del régimen establecido por el artículo 78 se basara en un concepto indeterminado y tan amplio como el de la *peligrosidad criminal*, entendiendo CHOCLÁN MONTALVO¹³³ que los beneficios penitenciarios debían ser aplicados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, con base en la evolución del

interno, y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que son los mismos criterios a los que se refiere el citado artículo para determinar el régimen general de cumplimiento, produciéndose por tanto una incongruencia.

V. Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General. I, Introducción*, Madrid, 1996.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997.
- COBO DEL ROSAL M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1999.
- DÍAZ ROCA, R., *Derecho penal general. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996.
- GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*. vol. I, Madrid, 2012.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990.
- HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984.
- HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, México, 1975.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995.
- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General. I*, trad. MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1981.

¹³² CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 151.

¹³³ *Ibidem*, p. 153.

- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General. II*, trad. MIR PUIG, S., y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1981.
- JORGE BARREIRO, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación Continuada*, CGPJ, Madrid, 1999.
- KLUG, U., “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, trad. BACIGALUPO ZAPATER, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970.
- LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 2003
- LESCH, H.H., *La función de la pena*, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Madrid, 1999.
- LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal. Parte General. IV*, Madrid, 2002.
- LUCAS VERDÚ, P., *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.
- MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1993.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1957.
- _____, ._____, .MIR PUIG, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núms. 43-44, 1981.
- _____, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona, 2003.
- _____, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2016.
- MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte General. I. Fundamentos científicos del Derecho Penal*, Barcelona, 2008.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Madrid, 2008.
- ROXIN, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA, Madrid, 1976.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2010.